المُلكُ المُشاع

في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراه

إعداد وتأليف

د. حسين سمره

المجلد الأول

الناشر

مكتبة نزار مصطفى الباز

الطبعة الأولى
١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م

مكتبة
نزار مصطفى الباز
المملكة العربية السعودية
مكة المكرمة: الشامية - المكتبة ٥٧٤٩٠٢٢/٥٧٤٥٠٤٤
المستودع: ٥٣١٨٠٢١ ص.ب: ٣٠١٩
الرياض: شارع السويدي العام المتقاطع مع شارع
كعب بن زهير - خلف أسواق الراجحي ص.ب: ٦٦٩٣٠
المكتبة: ٤٢٤٠٣٥٣ المستودع: ٤٢١٩١١ الرمز البريدي ١١٥٨٦

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، نحمده ونستعينه ، ونستغفره ونتوب إليه ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ، ومن تبع هديه ، وسار على نهجه إلى يوم الدين وبعد .

فلما كانت الشريعة الإسلامية هى آخر رسالات الله تعالى - إلى البشرية جميعاً ، وأن رسول الله - ﷺ - هو خاتم الأنبياء والمرسلين ، فقد تميزت هذه الشريعة على غيرها من الشرائع بأنها خالدة ودائمة ما دامت السماوات والأرض .

ومن المميزات التى تميز الشريعة الإسلامية عن الشرائع الأخرى كونها من عند الله - تعالى - وكونها من عند الله - تعالى - جعلها تخلو من الجور والنقص والهوى ؛ لأن مشرعها هو الله الذى له الكمال المطلق ، ومصدرها هو كتاب الله الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، وسنة نبيه - ﷺ - الذى لا ينطق عن الهوى ، فهى إذن من صنع الله - تعالى - الذى لا يتحيز لجنس على جنس ، ولا طبقة على طبقة ، فالكل عباده ، وهو العليم بأحوالهم ومصالحهم ، فلا تخفى عليه مصلحة من مصالحهم ، وليست من صنع البشر الذين تتحكم فيهم الأهواء والأغراض والمصالح وظروف البيئة التى يعيشون فيها .

لذلك قامت الشريعة الإسلامية على ميزان العدل والإحسان اللذين أمر الله

بهما فى قرآنه فقال : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ ﴾ (١) ، وهو ميزان لا يتغير ، فقد أمر الله بهما فى كل زمان ومكان ، وقامت - أيضاً - على تحقيق مبدأ المساواة بين الناس فى أى مكان ، فلا فضل لأحد على أحد عند الله إلا بالتقوى والعمل الصالح ، وبهذه المبادئ العظيمة نالت الشريعة احتراماً وتقديراً من معتنقيها الذين يعلمون أنها من عند الله - تعالى - الذى لا تخفى عليه خافية ، والذين يعلمون أن الله يراقبهم وأن شريعتهم تقوم على الجزاء الدنيوى والأخروى وهى بذلك تخالف القوانين الوضعية فى أن الجزاء فيها دنيوى والذى يمكن أن يفلت الإنسان من عقابه بأيَّة حيلة من الحيل ، ولكنه فى الشريعة يعلم أنه لو أفلت من عقاب الدنيا ، فإنه لن يفلت من عقاب الله فى الآخرة ، وقد سطر كل ذلك عليه فى كتاب لا يضل ربى ولا ينسى .

وحيث إن الشريعة الإسلامية هى خاتمة الرسالات فقد جاءت عامة لكل خلق الله فى كل زمان ومكان ، وفى هذا قال الله تعالى : ﴿ قُلْ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا ﴾ (٢) ، وقال فى شأن رسوله - ﷺ - : ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيراً وَنَذِيراً ﴾ (٣) .

والشريعة الإسلامية نظام شامل ومتكامل ، ينظم للإنسان كل شئون حياته من حيث علاقته بربه ، وعلاقته بغيره ، فهى تهتم بحياته ومماته ، بدنياه وأخراه ، فبينت له كيف تكون العلاقة بينه وبين ربه ، وبينه وبين بنى جنسه ، بين الإنسان والإنسان ، بين الفرد والجماعة ، وبين الجماعة والجماعة ، فلم تترك الشريعة ناحية من النواحى إلا نظمتها ، فهى دين ودولة .

---

(١) سورة النحل : من آية (٩٠) .

(٢) سورة الأعراف من آية : ١٥٨ .

(٣) سورة سبأ من آية ٢٨ .

وكون شريعتنا هى آخر الرسالات اقتضى أن تحمل بين طياتها وفى خصائصها ما يجعلها صالحة لهذا الخلود ، ومسايرة لما تتطلبه حاجة الإنسان على مر العصور ، ومحققة لمصالحه العاجلة والآجلة .

وحيث إن مصالح الناس تختلف باختلاف الأزمان والأحوال والأمكنة ، وكانت نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية محدودة متناهية ، وحوادث الناس متجددة فى كل زمان ومكان وغير متناهية ، فقد وضع الله لنا الأسس والمبادئ التى لا تتغير بتغير الأزمان والأحوال والأمكنة ، وجعل شريعته الخالدة تفى بحاجات الناس المتجددة ، مع عدم الزيادة فى الوحى الإلهى ، سواء أكان باللفظ والمعنى ، أم بالمعنى فقط ، حتى تتسع لكل ما يطرأ على حياة الناس وتصرفاتهم .

وقد أسس الله لنا شريعته على قواعد مضبوطة مرنة قابلة للتطبيق فى كل زمان ومكان ، مهما اختلف الزمان أو المكان .

فقد بنى شريعته - سبحانه وتعالى - على جلب المصالح ودرء المفاسد وهو أمر ثابت لها ، يدل عليه استقراء نصوصها ، وما بنيت عليه أحكامها .

* فعندما بعث الله - تعالى - رسوله الكريم - ﷺ - برسالته بعثه بالرحمة للعالمين ، حيث قال : ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾ [(١)] ففى تعليل الله لرسالة نبيه - ﷺ - بين أنه ما بعثه إلا للرحمة وبالرحمة ، والرحمة تقتضى جلب مصلحة ودرء مفسدة عن العباد .

* وعندما شرع الله لعباده الأحكام التى تنظم حياتهم ، علل هذه الأحكام

---

(١) سورة الأنبياء من آية ١٠٧ .

بأنها ما شرعت إلا لجلب مصلحة ولدرء مفسدة؛ ولإعلام المكلفين أن مراد الشارع هو تحقيق المصالح، وأنه ما شرع الأحكام إلا لتحقيق هذا الغرض، كقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾(١).

* تشريع الرخص عند وجود المشقة فى تطبيق الأحكام، ومراعاة تشريع الرخص عند وجود المشقة ما هو إلا رعاية للمصلحة ودرء للمفسدة.

* مجيء أحكام الشريعة محققة لمصالح العباد التى تتعلق بأمورهم الضرورية والحاجية، والتحسينية، والمحافظة عليها، وهذا يبين أن مقصود الشارع فى تشريع الأحكام للناس هو لحفظ الضروريات والحاجيات والتحسينات ورعاية لمصالحهم، وإذا تعارضت واحدة مع الأخرى قدمت الأولى، وإذا تعارضت المفاسد والمصالحُ رجِّح أعظمها، فإن كانت الأعظم هى المفسدة شرع الحكم لدفعها، وإن كانت الأعظم هى المصلحة شرع الحكم لجلبها.

وقد جمعت الشريعة فى أحكامها بين الأحكام التفصيلية التى لا تتغير بتغير الأزمان والأمكنة؛ لأن هذه الأحكام تبقى إليها الحاجة قائمة فى كل زمان ولكل جماعة، ولا يقوم غيرها مكانها بتحقيق المصلحة للناس، كأحكام المواريث والعبادات وغيرها، فقد فصل الله ذلك وبينه؛ لأن الحاجة تبقى إليها مع الزمان والمكان والأشخاص.

وبين الأحكام العامة التى أسستها الشريعة على شكل قواعد ومبادىء عامة ومرنة، لا يمكن أن تضيق بحاجات الناس، فالنصوص فيها تتسع، بحيث لا يضيق بها الزمان والمكان الذى وجدت فيه، وذلك كمبدأ الشورى، والذى

(١) سورة البقرة آية ١٧٩.

شرعه الله كمبدأ عام مرن ، يمكن أن يتسع لكل تنظيم قانونى - فى أى مكان وزمان - يوضع لتحقيق هذا المبدأ [١] .

وقد ترك رسول الله - ﷺ - لأمته القرآن الكريم والسنة النبوية وهما المصدران الأصليان للشريعة ، وجاءت الأحكام فيهما على نحو يلائم الزمان والمكان ، ثم فتح الرسول - ﷺ - باب الاجتهاد لأصحابه ؛ ليقوموا بهذا الدين ، ويجتهدوا فيما جد لهم ، فقام أصحابه بتطبيق تلك المبادئ على ما جد لهم من وقائع ، تطبيقاً حقق للأمة مصالحها ، وبين مرونة الشريعة من خلال المصادر الاجتهادية المرنة ، التى دلت عليها الشريعة وشهدت لها بالاعتبار ، وظل أهل الفقه هكذا جيلاً بعد جيل يجتهدون ، ولم توجد حادثة إلا وجدت لها الحلول ، وهذا ما يدل على مرونة الشريعة وصلاحيتها لكل زمان ومكان .

وإنه لمن القول المعاد أن نمتدح الشريعة الإسلامية ، أو أن نزكيها وقد اعترف رجال القانون الغربيون فى مؤتمرهم الدولى المنعقد فى مدينة «لاهاى» فى دورته الأولى عام ١٩٣٢م بأن الشريعة الإسلامية مرنة وقابلة للتطور وإنها لإحدى الشرائع الأساسية التى سادت ولا تزال تسود العالم .

وفى عام ١٩٣٧م فى نفس المدينة السابقة يقررون بإجماع الآراء اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام ، واعتبارها حية ، وقابلة للتطور ، وأنها قائمة بذاتها وليست مأخوذة من غيرها [٢] .

وقد اعتبر القانون المدنى المصرى الجديد الصادر فى يوليو سنة ١٩٤٨م

---

(١) انظر : المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان صـ٤٦ ، ٥٠ .

(٢) انظر : المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى للدكتور محمد مصطفى شلبى صـ٦،٥ .

الشريعة الإسلامية من مصادر القانون وقد نص على ذلك فى الفقرة الثانية من المادة الأولى التى تنص على الآتى :

« فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

فإذا لم يجد القاضى نصاً تشريعياً ولا عرفاً طبق مبادئ الشريعة الإسلامية.

وجاء فى المذكرة التفسيرية للقانون السابق : « بقيت الشريعة الإسلامية كمصدر من المصادر التى استند إليها المشرع ، وقد استمد منها كثيراً من نظرياتها العامة وكثيراً من أحكامها التفصيلية ، وقبل هذا وذاك أدخل المشرع فى شأن الشريعة الإسلامية تجديداً خطيراً فقد جعلها من بين المصادر الرسمية للقانون المصرى إذا لم يجد القاضى نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه ، والفروض التى لا يعثر فيها القاضى على نص فى التشريع ليست قليلة ، فسيرجع القاضى إذن للشريعة الإسلامية يستلهم مبادئها فى كثير من الأقضية ، وفى هذا فتح عظيم للشريعة الغراء ولا سيما إذا لوحظ أن ما ورد فى المشروع من نصوص هو أيضاً يمكن تخريجه على أحكام الشريعة الإسلامية دون كبير مشقة فسواء وجد النص أم لم يوجد ، فإن القاضى فى أحكامه بين اثنتين ، إما أنه يطبق أحكاماً لا تتناقض مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، وإما أنه يطبق أحكام الشريعة ذاتها ، ولم يقتصر الأمر على ذلك ، بل أخذ المشروع كما سبق القول بنظريات عامة فى الشريعة الإسلامية ، وبأحكام تفصيلية » [١] .

وقد أشارت المذكرة إلى كثير من هذه النظريات [٢] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى : (١/ ٢٠) .
(٢) انظر السابق : (١/ ٢١ ، ٢٢) .

ورغم ما سبق فإنه يؤخذ على هذا القانون أنه جعل الشريعة الإسلامية فى المرتبة الرابعة ، فقد استند المشروع إلى مصادر أربعة [١] .

القانون المدنى الحالى ، والقضاء المصرى ، والتقنينات المدنية الحديثة ، والشريعة الإسلامية ، وكنا نتمنى ألا يقف الأمر على الأخذ من الشريعة الإسلامية فى تشريعنا عند اقتباس بعض الأحكام منها أو الإحالة عليها عند عدم وجود النص التشريعى فى القانون المدنى ، بل يتخطى ذلك إلى أن تجعل الشريعة الإسلامية هى المصدر الأول والأساسى للتشريع ؛ لأنها شريعة الله ، العامة والشاملة .

ولا بأس من هذا الاقتراب من الشريعة الإسلامية ، على أن تقوم الدراسات المقارنة التى تقرب بين القانون والشريعة الإسلامية السامية ، وعلى أن يقوم رجال القانون الشرعيون بتعديل القوانين التى تخالف الشريعة الإسلامية ، حتى لا ننسلخ من أصالتنا ، ونغيب عن هويتنا .

وشريعتنا لا تأبى الاقتباس ، فإن الحكمة ضالة المؤمن ، وتراثنا ثرى ، فنحن بحاجة إلى إعادة صياغته وتنظيمه ، فلا بأس من اقتباس الأساليب الحديثة فى البحث الفقهى ، وترتيبه ، وإلى بعض الأحكام الجديدة التى نظمتها التشريعات للأوضاع الحقوقية والاقتصادية الحديثة ، على أن نخرجها على قواعد فقهنا تخريجاً يقيمها على أصوله ويدمجها فيه .

وهذه الدراسة وهى « الملك المشاع فى الفقه الإسلامى دراسة مقارنة » خطوة على هذا الطريق الذى يبين عظمة الفقه الإسلامى ، حتى يأتى اليوم ، وتكون شريعة الله هى الحاكمة ، وأن يطبق هذا الميراث الضخم الثرى من الفقه

---

(١) السابق : (١/٢٩ ، ٣٠) .

الإسلامى ، والذى كان يطبق منذ عهد الرسول - ﷺ - إلى عهد قريب ، فنتمنى أن يأتى اليوم الذى تسعد فيه البشرية بشريعة الله تعالى .

والشيوع فى أغلب صوره حالة مؤقتة ، تنتهى إما بتحول حق كل شريك إلى ملكية مفرزة ، أو بخروج المال الشائع من ذمة الشركاء إلى الغير باتفاق الشركاء تخلصاً من الشيوع ، أو بأى سبب من الأسباب التى تنهى تعدد الملاك لشىء واحد .

ولما كان الشيوع مركزاً غير مرغوب فيه ؛ لأنه يقلل من القيمة الاقتصادية للشىء ، ويثير العديد من الصعاب فى إدارته ، وفى تطويره لملاءمة الظروف ، ويحد من سلطة التصرف فيه ، دفعنى ذلك إلى دراسة هذا الموضوع وبيان أحكامه ، وكيفية إنهائه ؛ لأن الشركة فى الملك المشاع قيد معرقل للتصرف ؛ لأن الشريك لا يستطيع أن يتصرف فى حصته الشائعة تصرفاً فعلياً يضر بشريكه، كاستهلاك العين أو تغيير شكلها ونحو ذلك ، ومن ثمّ كان لابد من معرفة كيفية إنهائه ، وهذا ما تعرضت له الدراسة .

وأيضاً كثرة المشكلات المترتبة على الشيوع ، التى تحتاج إلى معرفة حق الشريك فى هذا الملك ، وما له وما عليه فى ذلك هى الدافع لدراسة هذا الموضوع ، فلعل هذه الدراسة تكون خطوة نحو حل هذه المشكلات .

أيضاً من الدوافع إلى هذه الدراسة هى إظهار عظمة الفقه الإسلامى ، وأنه ما من نظرية توصل إليها القانونيون إلا وقد سبق إليها الفقه الإسلامى ، ولها أصل فى كتاب الله تعالى وسنة رسوله - ﷺ - وما من اتفاق حدث بين القانون والفقه الإسلامى ، إلا واعتبر فيه الفقه الإسلامى هو الأسبق ، أملاً فى أن يأتى اليوم الذى يطبق فيه هذا التراث الضخم .

أيضاً الإسهام فى التيسير على رجال القانون المسلمين عند تقنينهم للشريعة

الإسلامية للعمل على تطبيقها وأهمية المال والملك بالنسبة للمسلم .

أيضاً كان من الدوافع التى دفعتنى إلى دراسة هذا الموضوع تشجيع أستاذى الأستاذ الدكتور محمد سراج لدراسة هذا الموضوع ، فهو الذى اختار لى هذا الموضوع وأسهم فى تسجيله .

أيضاً من أهداف دراسة هذا الموضوع جمع هذا الموضوع وترتيبه وتبويبه فى مكان واحد ، وبخاصة أن فقهاءنا الأقدمين - رحمهم الله - لم يعرضوا باب الشيوع فى مكان مستقل كأبواب الفقه الأخرى (البيع والإجارة وغيرها) . ولكن أحكامه جاءت منثورة بين السطور فى ثنايا كتب الفقه فى أبواب متفرقة من أبواب كتب الفقه المختلفة ، وقد وجدت كتابين من كتب الفتاوى والقضاء قد تكلما عن بعض مسائل الشيوع ككتاب جامع الفصولين لمحمود بن إسماعيل المشهور بابن قاضى سماوة المتوفى سنة (٨٢٣هـ) قد عقد فصلاً من كتابه لمسائل الشيوع وأحكامه ، ولكنها عبارة عن مسائل وأقضية ، حتى إنه لم يتعرض لتعريفه ، وكذلك كتاب الإمام علاء الدين أبو الحسن على بن خليل الطرابلسى الحنفى المتوفى (٨٤٤هـ) باباً فى القضاء بأحكام الشيوع ومسائله فى ورقتين فى كتابه «معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام» .

وهو عبارة عن كتاب فى القضاء والفتوى مثل جامع الفصولين ، وتكاد تتشابه المسائل التى ذكرها الإمامان ولم أجد فى المؤلفات الحديثة بحثاً مستقلاً - فيما أعتقد - عن الملك المشاع إلا رسالة فى كلية الحقوق عرضت جزءاً من هذا الموضوع وهو قسمة المال الشائع وقد غلب عليها الجانب القانونى والمقارنات القانونية ، فاستعنت بالله وقمت بدراسة هذا الموضوع على النحو الذى سنعرض له .

وكان منهج الدراسة فى هذا الموضوع منهجاً تحليلياً مقارناً ، يقوم على عرض الموضوع الذى نقوم بدراسته من خلال أقوال الفقهاء وأدلتهم على هذا

الموضوع من النقــل أو العقل ، فإذا اتفقت آراؤهم تكون هذه هــى وجهة الفقه الإسلامى فى هذا الموضوع .

وإذا اختلفت آراؤهم ، نــبين سبب الخلاف ، ثم نقوم بترجيــح ما نميل إليه من آراء الــفقهاء ، ثــم بعد ذلك نــعرض للقــانون ممثلاً فــى نصوص القــانون المدنى[1]، ثم الشروح التى تــعرضت لهذا القانون ، فإن رأينا اتفــاقاً بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى أشرنا إليه ، وبهــذا الاتفاق يعتبر الفقه الإسلامى هو الأسبق إلى ذلك ، ويدلنا ذلك على عظمة الفقه الإسلامى والشريعة الإسلامية التى سبــقت إلى ذلك منذ أربــعة عشر قرناً ، وإذا رأيــنا أن القانون يتــفق مع بعض المذاهب بيــنا ذلك ، وبينا لماذا أخذ القانــون بهذا الرأى ، وإذا وجدنا أن القانون لا يتفق مع أقوال الفقهاء كلية بينا ذلك ، وطالبنا أن تعدل مواد القانون المدنى؛ لتتفق مع الشريعة الإسلامية إذا كان رأى الفقه فى نظرنا هو الأدق وهو الموافق لمقــاصد الشريعة ، ويكــون ذلك هدفاً من أهداف هــذه الرسالة ، وإذا وجدنا خلافاً بين الــفقه الإسلامى والقانون ، ووجدنا أن ما ذهــب إليه القانون هو الأولــى فى نظرنــا ، وهو الذى يوافــق روح العصر ولا يــخالف مقــاصد الشريعة ، ويمكن أن يندرج ذلك تحت قاعدة فقــهية معينة رجحناه ؛ لأن الفقه الإسلامى أو الأحكــام الشرعية كما قــال الشيخ محمــد أبو زهرة : « هى آراء رجال مضوا استنبطوها تحت راية الــقرآن الكريم والحديث النبوى الشريف »[2] ولأن المخالفة هنا هى مــخالفة لآراء الفقهاء ، فمن هنا كانت المــقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون وليــست بين الشريعة والقانون ، وقد يكون الــقانون مستنداً

---

(١) القانون الذى نقوم بمقــارنته بالفقه الإسلامى هو القانون الجديد الــصادر فى يوليو سنة ١٩٤٨م ، وبدأ العمل بهذا القانون فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩م .

(٢) الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبى زهرة صـ٣ .

فيما ذهب إليه إلى قاعدة لا تخالف مقصود الشريعة .

وكان تخطيط الرسالة على النحو التالى :

مقدمة نبين فيها أهمية الموضوع ، والدوافع إليه ، والدراسات السابقة وأبواب الرسالة .

وتنقسم الدراسة إلى قسمين وخاتمة .

أما القسم الأول فسميته : الأحكام العامة للملك المشاع ، وجاء على النحو التالى :

الفصل الأول: تعريف المشاع ، عرفته فى اللغة ، وفى الشرع ، وفى القانون، ثم المقارنة بينهما ، ثم تكلمت عن مادة الشيوع فى القرآن الكريم ، ثم فى السنة النبوية المطهرة .

الفصل الثانى: أقسام المال والملك ، عرفت المال وأنواعه ، ثم الملك وعلاقته بالمال ، وبيّنتُ أن الملك ينقسم إلى : ملك تام ، وإلى ملك ناقص ، وملك مفرز ، وملك مشاع ، وملك خاص ، وملك عام .

الفصل الثالث: سلطة الشريك فى الملك المشاع ، وذكرنا فيه عدة مباحث منها : التصرف فى الملك المشاع ، والانتفاع بهذا الملك ، ثم كيفية تعميره والنفقة عليه ، ثم بينت كيفية زكاته ، وإدارته ، والإقرار به .

الفصل الرابع: مصادر الملك المشاع ، بينت فيه الخلاف بين الفقه والقانون فى مصادره ، ثم بينا ما نختاره منها ، وكانت على النحو التالى : الخلفية (الميراث والوصية) ، والعقود الناقلة للملك (كالبيع والوصية والهبة) ، والاستيلاء على الأموال المباحة (كالصيد ، والكلأ والآجام ، وإحياء الموات ، والمعادن والكنوز) ، والقتال أى نتيجة ما يحصل عليه المجاهدون فى الحروب

الإسلامية، ويتمثل ذلك فى السلب والغنيمة .

الفصل الخامس: قسمة الملك المشاع ، وتحدثت فيه عن تعريف القسمة ، ومشروعيتها ، وأركانها ، وأسبابها ، ثم تحدثت عن أنواع القسمة ، وبينت أنها تنقسم إلى نوعين ، قسمة الرقاب والأعيان ، وقسمة المنافع ، ثم تحدثت فيه عن نقض القسمة وأسباب النقض .

والقسم الثانى وهو : العقود التى يرد فيها الملك المشاع وتصرفات الشريك فيها .

واخترنا منها أمهات مسائل الشيوع كما قال صاحب كتاب «جامع الفصولين» ، وهى بيع المشاع ، وإجارته ، وإعارته ، ورهنه ، وهبته ، ووقفه، وذكر الصدقة ، ونحن لم نذكرها على أساس أن التصدق بالشائع كهبته مع اختلاف يسير ، وزدنا إيداع المشاع ، وعتق المشاع والوصية به ، ويدخل فى المشاع أبواب أخرى : كالقرض والمضاربة والغصب والاستحقاق والشفعة واكتفينا بما ذكرنا ؛ لأن ما ذكرنا يعطى صورة كاملة عن الشيوع : كبيعه وإجارته، ورهنه، وهبته، وإعارته، ووقفه ، وإيداعه ، والوصية والعتق به إضافة إلى ما ذكرناه فى الباب الأول عن الأحكام العامة للملك المشاع .

ولما كانت هذه العقود تجمع بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات ، وفى كل عقد من هذه العقود تختلف الأهلية المطلوبة فيه عن الأهلية المطلوبة فى الآخر ، وهذه بطبيعتها تؤثر على التصرف فى الملك المشاع بالبيع وغيره (من حيث النفاذ أو الوقف والصحة والبطلان) وبين العقود الشكلية وهى التى تخضع فى عقدها لشىء من الشرائط الشكلية كالهبة فى القانون الذى يشترط فى هبة العقار أنها لا تتم إلا بورقة رسمية ، والعقود الرضائية وهى التى لا تخضع فى انعقادها إلا لمجرد التراضى .

والعقود العينية : وهى التى يشترط لتمامها شرعاً تسليم الشىء المعقود عليه، والتى لا يتم عقدها ولا تأخذ حكمه إلا بتنفيذها : كالهبة والإعارة والإيداع والقرض والرهن ، وبين العقود غير العينية وهى التى تتم وتأخذ حكمها بمجرد عقدها كسائر العقود الأخرى .

وبين بعض العقود التى يرى بعض الفقهاء أنها ليست مشروعة ؛ ولاختلاف مفهوم بعض العقود فى الفقه عنه فى القانون ، كان لابد أن أذكر بصورة مختصرة تعريف كل عقد ومشروعيته وأركانه ؛ لأن لكل عقد شروطاً عامة وشروطاً خاصة فى المعقود عليه (الملك المشاع) ؛ لأننى إذا تحدثت عن بيع المشاع مثلاً ، وهذا يعنى المبيع ، وهو أحد أركان البيع ، الذى يتكون من : عاقدين وصيغة ومبيع وثمن ، والذى يختلف مفهومه فى الفقه الإسلامى عن القانون ، والمبيع الذى يتطلب بائعاً ومشترياً ينبغى أن تتوفر فيهما أهلية معينة ، وصيغة تعبر عن إرادة العاقدين ، وثمن يعبر عن المعاوضة ، فقد ذكرت تعريف كل عقد ومشروعيته وأركانه ، وجاء هذا القسم على النحو التالى :

الفصل الأول : بيع المشاع : تعريف البيع ، مشروعيته ، أركانه ، بيع المشاع .

الفصل الثانى : إجارة المشاع : تعريف الإجارة ، مشروعيتها ، أركانها ، إجارة المشاع .

الفصل الثالث : رهن المشاع : تعريف الرهن ، مشروعيته ، أركانه ، رهن المشاع.

الفصل الرابع : هبة المشاع : تعريف الهبة، مشروعيتها، أركانها ، هبة المشاع.

الفصل الخامس : إيداع المشاع : تعريف الوديعة ، مشروعيتها ، أركانها ، إيداع المشاع.

الفصل السادس: إعارة المشاع: تعريف العارية ، مشروعيتها ، أركانها ، إعارة المشاع.

الفصل السابع: عتق المشاع: تعريف العتق ، مشروعيته ، أركانه، عتق المشاع.

الفصل الثامن: وقف المشاع: تعريف الوقف ، مشروعيته ، أركانه ، وقف المشاع.

الفصل التاسع: الوصية بالمشاع: تعريف الوصية ، مشروعيتها ، أركانها ، الوصية بالمشاع .

ثم بعد ذلك ذكرت الخاتمة التى سجلت فيها حصاد البحث ، وأهم النتائج التى انتهى البحث إليها وأهم الاقتراحات التى يمكن الاستفادة من العمل بمقتضاها .

وأما الفهارس فجاءت على النحو التالى :

١- فهرس المراجع والمصادر .

٢- فهرس الآيات القرآنية .

٣- فهرس الأحاديث النبوية .

٤- فهرس تفصيلى بالموضوعات التى وردت فى الرسالة .

وبعد فإن كنت قد وفقت فهذا التوفيق من الله ؛ فهو الذى يسر الأسباب وأعان ووفق على إتمام البحث ، فله الفضل والمنة ، ثم بفضل أستاذتى الأفاضل - جزاهم الله خيراً - وإن كنت قد قصرت فمنى ومن الشيطان وإن النقص من طبيعة البشر كما قال العماد الأصفهانى : « إنى رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً فى يوم إلا قال فى غده أو بعد غده : لو غير هذا لكان أحسن ،

ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قـدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعـظم العبر ، وهو دليل عـلى استيلاء النقص عـلى جملة البشر » [١] .

فالله - تعالى - أسأل أن ينفعنا بما علمنا ، وأن يعلمنا ما جهلنا ، وأن يغفر زلاتنا ، ويـستر عوراتنا ، ويـجبر كسرنـا وتقصيرنـا ، ويجزى أساتذتنـا خير الجزاء، ويغـفر لنا ولهم ، وصـلى الله - تعالى - وسلـم على سيدنا مـحمد وعلى آله وصحبه والتابعين ومن سار على هديهم أجمعين .

---

(١) نقلاً عن كتاب المدخل فى الـتعريف بالفقه الإسلامى للدكتور محمـد مصطفى شلبى صـ١١ .

القسم الأول
الأحكام العامة للملك المشاع

الفصل الأول

تعريف المشاع

الشيوع في القرآن الكريم والسنة النبوية

تعريف المشاع:

شاع اللبن فى الماء إذا تفرق وامتزج به ، ومنه قيل : سهم شائع كأنه ممتزج لعدم تميزه [١] .

ويقال : سهم مُشَاع : غير مقسوم . والشاعة : الأخبار المنتشرة ، والدار شيعة بينهم : أى مشاعة ، وهما متشايعان فى دار ومتشاعان : شريكان[٢] .

ولهم سهم فى الدار شائع ومشاع بمعنى متفرق [٣] .

ونصيب فلان شائع فى جميع هذه الدار ومشاع فيها : أى ليس بمقسوم ولا معزول ، ونصيبه فى الشىء شائع وشاع ومشاع : كل ذلك غير معزول . وهما متشايعان ومشتاعان فى دار أو أرض إذا كانا شريكين فيها ، وكل واحد منهم شيِّعٌ لصاحبه [٤] .

قال الأزهرى : « إنما قيل له مشاع ؛ لأنه سهمُ كلِّ واحدٍ من الشريكين . وأشيع أى أذيع ، وفرق فى أجزاء سهم الآخر حتى لا يتميز منه ، والملك المشاع : أى المشترك غير المقسوم » [٥] .

والشيوع : الانتشار وشيوع الخبر : انتشاره بين الناس . وهو : ثبوت الحق فى كل جزئية من جزئيات الشىء [٦] .

---

(١) المصباح المنير : صـ٣٢٩ مادة شاع .

(٢) القاموس المحيط : (٣/ ٤٩) باب العين فصل الشين .

(٣) أساس البلاغة : صـ٣٤٤ مادة شاع .

(٤) لسان العرب : (٤/ ٢٣٧٨ - ٢٣٧٩) مادة شاع .

(٥) لسان العرب الصفحات السابقة . والنظم المستعذب فى شرح غريب المهذب(١/ ٣٧٧) .

(٦) معجم لغة الفقهاء للدكتور محمد رواس قلعجى والدكتور حامد صادق قنيبى صـ٢٦٨- ٣٤٠ .

وجاء فى مجلة الأحكام تعريف المشاع بأنه : ما يحتوى على حصص شائعة والحصة الشائعة : هى السهم السارى إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك[١] .

وقال الشيخ أحمد أبو الفتوح : « المشاع : هو جزء غير مفرز فى مال مشترك بين اثنين فأكثر » [٢] .

وعرف الأستاذ مصطفى الزرقاء الملك الشائع أو المشاع بأنه : « هو الملك المتعلق بجزء نسبى غير معين من مجموع الشىء مهما كان ذلك الجزء كبيراً أو صغيراً ، وذلك كما يملك إنسان نصف دار أو ربع فرس ، أو جزءاً من مائة فأكثر من أرض ونحو ذلك وهذا ما يسمونه «الحصة الشائعة» فى الشىء المشترك. وبمقتضى الشيوع يكون كل جزء أو ذرة من المال المشترك غير مخصص بأحد من أصحاب الحصص ، بل تتعلق به ملكيات جميعهم »[٣].

والحصة الشائعة : جزء منبث فى الكل [٤] .

وجاء تعريف الشيوع فى القانون حيث تنص المادة (٨٢٥ مدنى) على الآتى:

« إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء

---

(١) مجلة الأحكام العدلية : مادة (١٣٨ - ١٣٩) .

(٢) كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية للشيخ أحمد أبى الفتوح : (٢/ ٣٠٠) .

(٣) المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : (١/ ٢٦١ - ٢٦٢) .

(٤) السابق ، وانظر فى ذلك المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى للدكتور مصطفى شلبى صـ٣٨٩ . الملكية فى الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية للشيخ على الخفيف : صـ ٨١ - ٨٢ ، والمجموع للنووى : (٢٢ - ٤٥٣) ، وكتاب المعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد إبراهيم : صـ ٥٣ - ٥٤ .

على الشيوع ، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك»[١] .

ويتبين من النص أن الملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات ، يملكه أكثر من شخص واحد ، وتتناول هذه الملكية المال كله غير منقسم ، أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة فى هذا المال ، ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة ، ولما كان ملاك المال الشائع متعددين ، فلابد من تعيين حصة كل منهم فى هذا المال ، بالنصف أو بالربع أو بالخمس أو غير ذلك ، وتتعين حصص الملاك فى الشيوع عادة عند بدء الشيوع تبعاً لمصدره ، فإن كان ميراثاً عين القانون حصة كل وارث ، وإن كان وصية عين الموصى حصة كل موصٍ له ، وإن كان عقداً تكفل العقد بتعيين حصة كل شريك ، وقد لا تتعين الحصص ، كأن يشترى عدة أشخاص مالاً على الشيوع دون أن يبينوا حصة كل منهم فيما اشتروه ، فعند ذلك تكون الحصص متساوية ما دام لم يقم دليل على غير ذلك [٢] .

والشىء الذى ترد عليه حقوق الشركاء فى الملك شىء واحد ، وعلى ذلك إذا توافر الاشتراك فى الملكية بين عدد من الملاك ، ولكن تحدد لكل منهم فى الشىء المملوك جانب يختص به ، كما هو الحال فى اشتراك عدة أشخاص فى ملكية طبقات منزل ، فإن هذه الملكية لا تكون ملكية شائعة ؛ لأن محل حق كل شريك طبقة محددة من طبقات المنزل ، ولكن ملكية الطبقات تقترن بالضرورة بملكية شائعة لأرض المنزل وأجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك[٣] .

---

(١) كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : صـ١٩٨ .

(٢) انظر : الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى : (٨/ ١٠٤٨ - ١٠٤٩).

(٣) انظر الحقوق العينية الأصلية للدكتور جميل الشرقاوى : صـ١١١ .

ولذا تعتبر ملكية الطبقات مفرزة وهذا ما نصت عليه المادة (٨٥٦) من التقنين المدنى حيث قالت :

«١- إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع ، وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية ، والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة كل هذا ما لم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه».

«٢- وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة ، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ، وليس لمالك أن يتصرف فى نصيبه هذا مستقلاً عن الجزء الذى يملكه » .

أيضاً إذا وزعت سلطات الملك بين شخصين ، فكان لأحدهما الانتفاع ، وبقيت للآخر سلطة التصرف (ملكية الرقبة) لا يمكن أن يسمى هذا شيوعاً ؛ لاختلاف مضمون حق كل منهما ، فلأحدهما الانتفاع بما يخوله من استعمال واستغلال ، وللآخر ملكية الرقبة بما يخوله من سلطة التصرف ، والشيوع يستلزم تماثل حقوق الملاك المتعددين على نفس الشىء [١] .

ونخلص مما سبق إلى أن الشيوع : هو ملكية أكثر من شخص لشىء واحد بغير فرز وتجنيب نصيب كل منهم فى هذا الشىء والمالك فى الشيوع يملك حصة تقدر بنسبة من هذا الملك ، ولكن هذه النسبة لا يقابلها جزء محدد معين من الشىء محل الحق ، والمالك فى الشيوع - أيضاً - يشترك مع باقى الملاك-

---

(١) السابق ، وشرح القانون المدنى الجديد فى الأموال : القسم الأول : النظرية العامة للحق العينى للدكتور شفيق شحاته : صـ١٥٤ .

كل بقدر حصته - فى كل ذرة من ذرات الشىء المملوك لهم شيوعاً ، فلا يختص أى منهم منفرداً بقدر محدد من الشىء ، ومتى قسم المال المشترك بين الشركاء يزول الشيوع من الملك ، وتصبح ملكية كل واحد من الشركاء فى حصته ملكية متميزة .

وبهذا يتفق القانون مع الفقه فى تعريف الشيوع .

المشاع فى القرآن الكريم:

لقد وردت مادة (شاع) فى القرآن الكريم فى قوله تعالى : ﴿ **إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لا تَعْلَمُونَ** ﴾ (١) .

قال القرطبى : تشيع أى تفشو، يقال : شاع الشىء شُيُوعاً وشَيْعاً وشيعوعة أى شهر وتفرق (٢).

وقال الرازى : « معنى الإشاعة: الانتشار . يقال: فى هذا العقار سهم شائع إذا كان فى الجميع ولم يكن منفصلاً ، وشاع الحديث إذا ظهر فى العامة »(٣).

وقوله تعالى : ﴿ **أَوْ يَلْبِسَكُمْ شِيَعًا** ﴾ (٤) . قال القرطبى : « يجعلكم فرقاً يقاتل بعضكم بعضاً وذلك بتخليط أمرهم » (٥) .

فالمادة تدور حول الاختلاط والانتشار .

---

(١) سورة النور : آية (١٩) .

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى : (١٢/١٣٨) .

(٣) مفاتيح الغيب للرازى : (١١/٥٠٤) .

(٤) الأنعام : من الآية (٦٥).

(٥) تفسير القرطبى : (٧/٨) .

المشاع فى السنة :

وقد دلت السنة على وقف المشاع ، فقد روى البخارى بسنده عن كعب بن مالك أنه قال : قلت : يا رسول الله ، إن من توبتى أن أنخلع من مالى صدقة إلى الله ورسوله - ﷺ - قال : « أمسك عليك بعض مالك فهو خير لك » ، قلت : أُمْسِكُ سَهْمِى الذى بخيبر [١] .

وقد ترجم البخارى لهذا الحديث بقوله : « باب إذا تصدق أو وقف بعض رقيقه أو دوابه فهو جائز » .

قال ابن حجر : هذه الترجمة يؤخذ منها جواز وقف المشاع . ووجه كونه يؤخذ منه وقف المشاع هو من قوله : « أو بعض رقيقه أو دوابه » ، فإنه يدخل فيه ما إذا وقف جزءاً من العبد أو الدابة ، أو وقف أحد عبديه أو فرسيه [٢] . وهو وقف الواحد المشاع [٣] .

وقد ترجم البخارى أيضاً لباب آخر بقوله : « باب إذا وقف جماعة أرضاً مُشاعاً فهو جائز » . وروى بسنده عن أنس - رضى الله عنه - قال : أمر النبى - ﷺ - ببناء المسجد فقال : « يا بنى النَّجَّار ثَامِنُونى بِحَائِطِكُم هذا » ، قالوا : لا والله لا نطلب ثمنَهُ إلا إلى الله [٤] .

---

(١) صحيح البخارى مع شرح فتح البارى : (٥/ ٤٥٤) كتاب الوصايا باب إذا تصدق أو وقف بعض رقيقه .

(٢) صحيح البخارى مع شرح فتح البارى : (٥/ ٤٥٤) نفس الكتاب والباب السابقين : (٥/ ٤٦٨) .

(٣) فتح البارى : (٥/ ٤٥٤) .

(٤) صحيح البخارى مع فتح البارى : (٥/ ٤٦٨) كتاب الوصايا باب إذا وقف جماعة أرضاً مشاعاً، وفى (١/ ٦٢٤) كتاب الصلاة باب هل تنبش قبور مشركى الجاهلية .

قال ابن حجر : ظاهر الحديث أنهم تصدقوا بالأرض لله عز وجل فقبل النبى -ﷺ- ذلك منهم ، ففيه دليل لما ترجم البخارى من جواز وقف المشاع[١] .

وقد ترجم النسائى فى كتاب الأحباس لباب قال فيه : « باب حبس المشاع » وروى بسنده عن ابن عمر : قال عمر للنبى -ﷺ- : إن المائة سهم التى لى بخيبر لم أصب مالاً قط أعجب إلىَّ منها قد أردتُ أن أتصدق بها ، فقال النبى-ﷺ- : « احْبِسْ أصلها وسبّل ثمرتها » [٢] . فدلّ على أن الشيوع لا يمنع صحة الوقف ، وسيأتى الكلام عن ذلك فى فصل «وقف المشاع» .

وقد ترجم البخارى فى كتاب البيوع لباب بقوله : «باب بيع الشريك من شريكه» وروى بسنده عن جابر - رضى الله عنه - : جعل رسول الله -ﷺ- الشفعة فى كل مال لم يُقْسَمْ ، فإذا وقعت الحدود وصُرِفَتِ الطُّرقُ فلا شُفْعَةَ[٣] .

قال ابن حجر : قوله : «باب بيع الشريك من شريكه» قال ابن بطال[٤]:

---

(١) فتح البارى : (٥/٤٦٨) .

(٢) سنن النسائى : (٦/٢٣٢) كتاب الأحباس باب حبس المشاع .

سبّل : أى اجعلها فى سبيل الله .

سنن ابن ماجه: (٢/٨٠١) كتاب الصدقات باب من وقف ، نيل الأوطار للشوكانى فى شرح منتقى الأخبار لمجد الدين عبد السلام بن تيمية : (٦/٢٤) .

(٣) صحيح البخارى مع فتح البارى : (٤/٤٧٦) كتاب البيوع باب بيع الشريك من شريكه .

(٤) على بن خلف بن عبد الملك بن بطال ، عالم بالحديث من أهل قرطبة له شرح لصحيح البخارى توفى سنة ٤٤٩هـ . الأعلام : (٤/٢٨٥) .

هو جائز فى كل شىء مشاع وهو كبيعه من الأجنبى ، فإن باعه من الأجنبى فللشريك الشفعة ، وإن باعه من الشريك ارتفعت الشفعة [١] .

ففى الحديث : أنه يحق للشريك على الشيوع إذا باع شريكه ماله فللشريك الشفعة فيه .

وقد ترجم البخارى أيضاً فى نفس الكتاب السابق لباب آخر بقوله : «باب بيع الأرض والدور والعُرُوض مُشَاعاً غير مقسوم» وروى بسنده عن جابر بن عبد الله - رضى الله عنهما - قال : « قضى النبى -ﷺ- بالشفعة فى كل مالٍ لم يُقْسَم ، فإذا وقعت الحدود وصُرِفَت الطرق فلا شفعة » [٢] .

وقد ترجم النسائى فى كتاب الهبة لباب سماه «هبة المشاع» وروى بسنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : كنا عند رسول الله -ﷺ- إذ أتته وفد هوازن ، فقالوا : يا محمد ، إنَّا أَصْلٌ [٣] وعَشِيرةٌ [٤] ، وقد نزل بنا من البلاء ما لا يَخْفَى عليك ، فامْنن علينا مَنَّ الله عليك فقال : « اختاروا من أموالكم أو من نسائكم أو أبنائكم » . فقالوا : قد خَيَّرْتَنَا بين أحسابنا وأموالنا، بل نختارُ نِسَاءَنَا وأبناءَنَا ، فقال رسول الله -ﷺ- : « أمَّا ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم . . . » [٥] .

---

(١) فتح البارى : (٤/ ٤٧٦) .

(٢) صحيح البخارى مع فتح البارى : (٤/ ٤٧٦) كتاب البيوع باب بيع الأرض والدور والعروض مُشَاعاً غير مقسوم .

(٣) أصل من أصول العرب .

(٤) عشيرة أى قبيلة من قبائلهم .

(٥) سنن النسائى: (٦/ ٢٦٢-٢٦٣) كتاب الهبة باب هبة المشاع وقد رواه مالك فى الموطأ بمتن يختلف قليلاً عن النسائى : (١/ ٤٥٧) كتاب الجهاد باب ما جاء فى الغلول.

قال الإمام السندى [١] فى حاشيته على شرح السيوطى لسنن النسائى : «أما ما كان لى . . إلخ » فكأنه أخذ منه هبة المشاع . . [٢] .

وسيأتى الكلام عن هبة المشاع فى فصل «هبة المشاع» .

وقد جاء فى صحيح البخارى عن النبى -ﷺ- : « من أعتق شرْكاً له فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قُوِّمَ العبد عليه قيمة عدل وأعْطَى شركاءَه حِصَصَهم وعَتَقَ عليه العبدَ ، وإلا فقد عَتَقَ عليه منه ما عَتَقَ » [٣] .

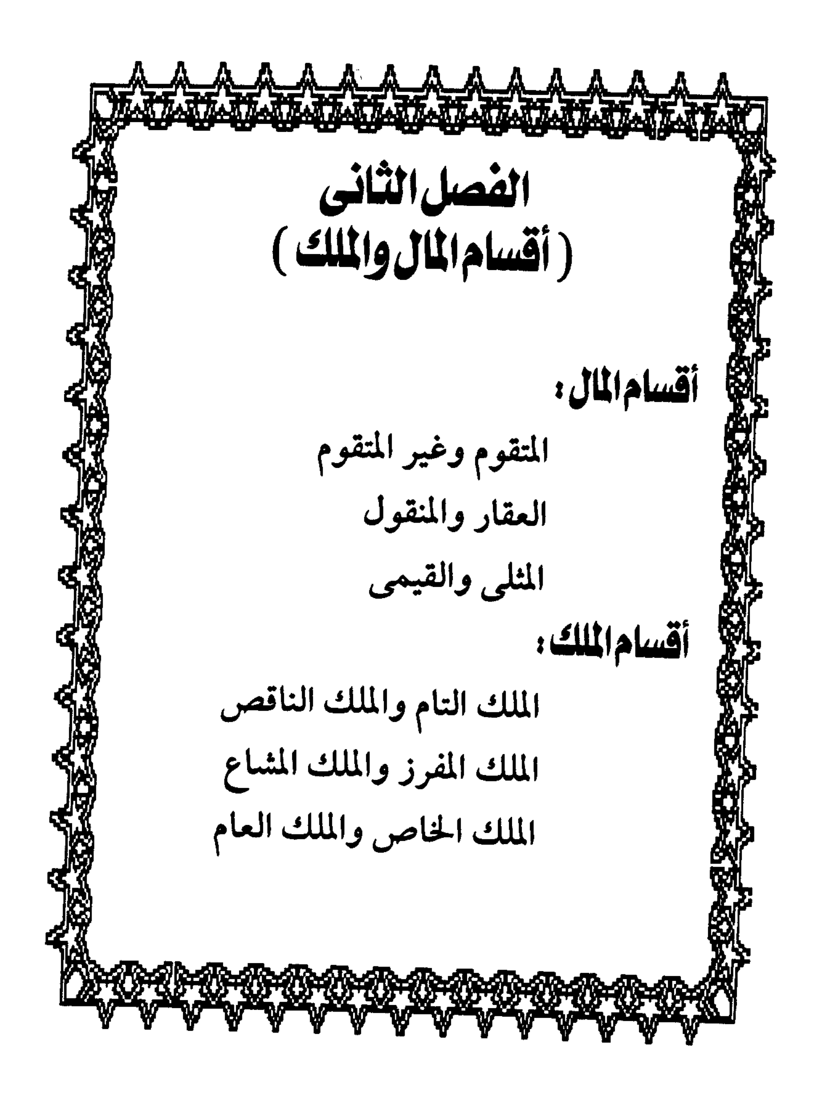
وفى هذا دلالة على إجازة عتق الجزء المشاع وهذا ما سنراه فى الجزء الخاص بعتق المشاع .

---

(١) محمد بن عبد الهادى السندى فقيه حنفى ولد بالسند وتوفى بالمدينة سنة ١١٣٨هـ. الأعلام : (٦/٢٥٣) .

(٢) حاشية السندى على شرح السيوطى للنسائى : (٦/٢٦٣) كتاب الهبة باب هبة المشاع .

(٣) صحيح البخارى مع فتح البارى : (٥/١٧٩) كتاب العتق باب إذا أعتق عبداً بين اثنين .



الفصل الثانى
(أقسام المال والملك)

أقسام المال:

المتقوم وغير المتقوم

العقار والمنقول

المثلى والقيمى

أقسام الملك:

الملك التام والملك الناقص

الملك المفرز والملك المشاع

الملك الخاص والملك العام

المـال

تعريف المال في اللغة :

كل ما مَلَكتَه من جميع الأشياء [١] .

فكل ما يقبل الملك فهو مال سواء أكان عيناً أم منفعة [٢] .

وقال ابن الأثير : « المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ، ثم أطلق على كل ما يقتـنى ويملك من الأعيان ، وأكثر ما يطلق المـال عند العرب على الإبل ؛ لأنها كانت أكثر أموالهم » [٣] .

والمال في اصطلاح الفقهاء :

عرفه ابن عـابدين بقوله : « المال ما يمـيل إليه الطبع ويمكـن ادخاره لوقت الحاجة » [٤] .

ويرد على هذا التعريف اعتراضان :

الأول : إن من الأشياء ما تعـافه النفس ولا يميل إليه طبـع الإنسان ومع هذا فهو مال مثل السموم والأدوية المرة .

الثاني : إن من الأشياء ما لا يمكـن ادخاره على نحو تبقى معه منـفعته كما هي ومع هذا فهو من الأموال قطعاً كالخضروات ونحوها [٥] .

---

(١) لسان العرب لابن منظور : مادة (م و ل) .

(٢) انظر الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للشيخ محمد أبي زهزة : صـ٤٧ .

(٣) انظر لسان العرب : مادة (م و ل) .

(٤) حاشية ابن عابدين : (٤/٣) .

(٥) انظر المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان : صـ١٨٣ .

وقال الشيخ على الخفيف : « المال كل ما يمكن حيازته والانتفاع به على وجه معتاد » (١) .

وهذا التعريف يدل على أن مالية الشيء تتحق إذا توافر فيه أمران : الأول إمكان حيازته ، والثانى : إمكان الانتفاع به .

وجاء فى حاشية ابن عابدين : « المال اسم لغير الآدمى خلق لمصالح الآدمى، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار » (٢) .

قال الشيخ أبو زهرة : « وهذا التعريف كامل صحيح وإن كان فيه نقص فهو أنه لم يشمل الإنسان المسترق ، وهو نقص فيه كمال ؛ لأن الإنسان لا يعتبر مالاً فى أصله ، والمالية أمر عارض للعبيد ، ويحسن رفعها ما استطاع الإنسان إلى ذلك سبيلاً وهذا أمر مقرر فى الإسلام » (٣) .

والمنافع تعتبر أموالاً عند الجمهور ، وليست مالاً عن الحنفية .

استدل الحنفية على عدم مالية المنافع بأن المال ما يمكن إحرازه وحيازته وادخاره لوقت الحاجة ، والمنافع لا تقبل الحيازة والادخار ؛ لأنها أعراض لا تبقى بل تحدث آناً بعد آن ، فلا يمكن إحرازها وبالتالى لا تكون مالاً ، فهى قبل أن تحدث معدومة، والمعدوم ليس بمال، وبعد حدوثها لا يمكن إحرازها وما لا يمكن إحرازه لا يسمى مالاً . وهى وإن لم تكن بذاتها مالاً إلا أنها تصير مالاً بالعقد كالإجارة ، استحساناً لورود النص بذلك وجريان العرف به(٤).

---

(١) انظر مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف : صـ٣ .
(٢) حاشية ابن عابدين : (٤/ ٣) نقله ابن عابدين عن البحر الرائق لابن نجيم .
(٣) انظر الملكية ونظرية العقد : صـ٤٨ ، وحاشية ابن عابدين : (٤/ ٣) .
(٤) انظر بدائع الصنائع : (٤/ ١٧٣) ، حاشية ابن عابدين : (٤/ ١٠٥) ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية : صـ١٥٨ .

واحتج غير الحنفية بأن المال مخلوق لصالح الآدمى ، والمنافع كذلك ، وبأن حيازة المنافع ممكنة بحيازة أصلها ومحلها ، وبأن الأعيان إنما تصير مالاً باعتبار الانتفاع بها ؛ لأن الانتفاع بها هو المقصود ، فما لا ينتفع به لا يكون مالاً ، فكيف تسلب المالية عن المنافع ، ولولاها لما صارت الأعيان أموالاً ، فالمنافع إذن من الأموال ، كما أن العقد يرد على المنافع وتصير مضمونة به وهذا آية كونها مالاً ؛ إذ لو لم تكن مالاً فى ذاتها لما صارت مالاً بالعقد ؛ لأن العقود لا تقلب حقائق الأشياء بل تقرر خصائصها (١) .

والراجح من الرأيين قول الجمهور ؛ لقوة أدلتهم ، وموافقتهم لعرف الناس وتعاملاتهم ؛ ولأن بعض العقود قد نصّ على جوازها كالإجارة وهى عقد على منفعة بعوض ، والإعارة عقد على منفعة بغير عوض . فالمال عند الحنفية له مفهوم مادى يقع على الموجودات ذات المنافع فالمال عندهم يختص بالأعيان المادية فلا يشمل المنافع ، وقد اعتبروا المنافع أملاكاً ولم يعتبروها أموالاً ، ففرقوا بين مفهوم الملك والمال (٢) .

ورغم ذلك قد فسروا المال بما يشمل المنفعة فى بعض المواطن (٣) .

وقد اتفق الفقهاء أيضاً على أن الحقوق التى لا علاقة لها بالمال لا تعتبر أموالاً كحق الحضانة وحق الولاية .

---

(١) انظر الشرح الكبير للدرديرى : (٤/ ٢) ، مغنى المحتاج : (٢/ ٢٣٢) ، كشاف القناع : (٣/ ٥٤٦) والمراجع السابقة ، الأشباه والنظائر للسيوطى : صـ٣١٦ .

(٢) انظر رد المحتار على الدر المختار : (٤/ ١٠٥) ، المدخل الفقهى العام (١/ ٢٦٠).

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٧/ ٣٥٢) .

والمال عندهم : ما يتمول ويدخر للحاجة وهو خاص بالأعيان فخرج به تمليك المنافع. رد المحتار : (٢/ ٣) .

ولكنهم اختلفوا فى الحقوق المتعلقة بالمال كحق الشرب ، وحق المرور - إلى قولين [١] :

الأول: قول الجمهور وهم يرون أنها أموال كحق الشرب وحق المرور ، وحق تأجيل الدين ، وحق استيفاء المنفعة .

الثانى: قول الحنفية وهم يرون أنها ليست أموالاً ، ومع ذلك يلاحظ أن الحنفية يرون جريان الإرث بحقوق الارتفاق وبيعها تبعاً للأرض ، ومعنى هذا أنها تقوم بمال ، وإن كانت فى ذاتها ليست مالاً [٢] .

وتظهر ثمرة هذا الخلاف فى حال الميراث ، فمن رأى أنها أموال فإنه يقول بانتقالها إلى الوارث ، ومن رأى أنها ليست أموالاً ، فإنه لا يرى انتقالها إلى الوارث .

والحق ما ذهب إليه الجمهور ؛ لقوة أدلتهم ولموافقتهم عرف الناس الذى لا يتعارض مع نصوص الشرع بل يتفق معها [٣] .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية تعريف المال بأنه : « هو الحق ذو القيمة المالية أياً كان ذلك الحق سواء أكان عينياً أم شخصياً أم حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية » .

وفرقت بين الشىء والمال ، فالمال هو الحق المالى الذى يرد على الشىء ، والشىء هو محل هذا الحق [٤] .

---

(١) انظر المدخل لدراسة الشريعة للدكتور عبد الكريم زيدان : صـ١٨٤ - ١٨٥ .
المال فى الشريعة الإسلامية بين الكسب والإنفاق والتوريث لأستاذنا الدكتور أحمد يوسف: صـ١٨ - ١٩ .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (١٨٩/٦ - ١٩٠) .

(٣) انظر المال فى الشريعة الإسلامية : صـ ٢٠ - ٢١ .

(٤) الأعمال التحضيرية : (٤٥٧/١) .

والقانون يتمشى مع رأى الجمهور فى اعتبار المنافع أموالاً ؛ لإمكان التعاقد عليها كما فى عقد الإيجار .

تقسيمات المال

يقسم المال إلى تقسيمات مختلفة ، فهو بالنظر إلى حماية الشارع له : مال متقوم وغير متقوم ، وبالنظر إلى استقراره وعدم تحوله إلى : عقار ومنقول ، وبالنظر إلى تماثل أجزائه وآحاده إلى : مثلى وقيمى .

أولاً : المال المتقوم وغير المتقوم :

المال المتقوم: هو ما صار فى حيازة الإنسان وجاز الانتفاع به شرعاً فى حالة السعة والاختيار مما له قيمة مالية كالدور والسيارات والنقود والثياب والكتب ونحوها ، فكل ما كان محرزاً بالفعل ، وأباح الشرع الانتفاع به كأنواع العقارات والمنقولات والمطعومات ونحوها هو مال متقوم [1] .

وجاء فى مجلة الأحكام العدلية المادة (١٢٧) أن المال المتقوم يستعمل فى معنيين : « الأول بمعنى ما يباح الانتفاع به ، والثانى بمعنى المال المحرز ، فالسمك فى البحر غير متقوم وإذا اصطيد صار متقوماً بالإحراز » [2] .

وعلى هذا فما ليس فى حيازة الإنسان لا يعد مالاً متقوماً كالطير فى السماء والسمك فى الماء ، وكذلك ما كان فى حيازة الإنسان ولا يباح له الانتفاع به شرعاً لا يعد مالاً متقوماً كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم .

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين : (٤/ ١٠٥) ، (٤/ ٣) ، المدخل لدراسة الشريعة للدكتور عبد الكريم زيدان : صـ١٨٦ - ١٨٧ ، الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى : (٤/ ٤٤) .

(٢) كتاب شرح المجلة لسليم بن رستم باز : صـ٦١ .

والمقصود بحالة السعة والاختيار الأحوال العادية التى لا ضرورة فيها ولا اضطرار فالخمر يجوز الانتفاع بها فى حالة الضرورة كمن أشرف على الهلاك عطشاً جاز له شرب الخمر ، وكذا يجوز عند الاضطرار أكل الميتة ، وعلى هذا لا تعتبر الخمر والميتة من الأموال المتقومة ؛ لعدم جواز الانتفاع بها شرعاً فى الأحوال العادية [١] .

المال غير المتقوم: ما ليس له قيمة مالية وهو ما لم يتوافر فيه الأمران : الحيازة وجواز الانتفاع به فى حال السعة والاختيار ، أو لم يتوافر فيه أحد الأمرين كالخمر فى حق المسلم [٢] .

أما فى القانون : فيختلف معنى التقوم وعدمه بين الشرعيين والقانونيين ، فهو عند الفقهاء كما عرفنا : ما يباح الانتفاع به شرعاً ، أو ما لا يباح ذلك.

وأما عند القانونيين : فالتقوم : ما كان ذا قيمة بين الناس ، وعدم التقوم هو خروج الأشياء عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون .

فالأولى: هى التى يشترك كل الناس فى الانتفاع بها ولا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، كالهواء والبحار وأشعة الشمس .

والثانية: هى الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون ، كالمخدرات الممنوعة ، والمواد الحربية المتفجرة ، وكل الأشياء المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، أو المخصصة للنفع العام بالفعل .

---

(١) انظر المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية : صـ١٨٧ .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٧/ ٣٥٢) ، حاشية ابن عابدين : (٤/ ١٠٥) ، المدخل لدراسة الشريعة : صـ١٨٧ .

وتؤخذ فكـرة التقوم وعدمة من مفـهوم المادة (٨١) من القانون المـدنى التى تنص على الآتى [١] :

١- كل شيء غيـر خارج عن التعامـل بطبيعتـه أو بحكم القانـون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية .

٢- والأشياء التى تخرج عـن التعامل بطبيعتها هى التـى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكـم القانون ، فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية .

يتبين من ذلك أن فكـرة التقوم وعدمه تنبنى فى القانون عـلى جواز التعامل فى الشيء وعدم جوازه قانـوناً ، فالخمر مثلاً يجوز التعامـل بها فى القانون ، ولا يجوز التعامل بها فى الشرع [٢] .

ويترتب على ذلـك أن من أتلف مالاً للغير وجب عليـه الضمان ، المثل إن كان مثلياً والقيمة إن كان قيمياً ؛ لأن الشارع منحه حماية وحرمة [٣] .

أما غير المتـقوم فلا حماية له ولا حرمـة وبالتالى لا يضمن مـتلفه أى شيء كالخمر إذا كانت لمسلم ، وأما إن كانت لذمى فـإن المسلم يضمنها إذا أتلفها له عند الحنفية والمالكية ولا يضمنها عنـد الشافعية والحنابلة ؛ إذ لا قيمة لها كالدم والميتة وسائر الأعيان النجسة [٤] .

---

(١) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : صـ١٧ .

(٢) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٤/٤٥ - ٤٦) .

(٣) انظر اللباب شـرح الكتاب : (٢/١٣٨) ، والقوانين الفقهـية : صـ٢٨٢ ، ومغنى المحتاج : (٢/٢٨١ - ٢٨٢) ، وكشاف القناع : (٤/١٠٦) .

(٤) انظـر المبسـوط : (١١/٥٣) ، ومغنـى المحتاج : (٢/٢٧٥ - ٢٧٧) ، كـشاف القناع (٤/١١٦) ، بدائع الصنائع (٥/١١٣) .

والمال المتقوم هو الذى تصح فيه التـصرفات من بيع وهبة وإجارة ونحوها ، وغير المتقوم لا يصح فيه شيء من ذلك [١] .

فالمتقوم فـى القانون يختلف عن المـتقوم فى الشرع ، وينبغـى على واضعى القوانين مراعاة التقوم وغيره من ناحية الشرع لا من ناحية القانون .

ثانياً : العقار والمنقول :

العقار : هو ما لا يمكن نقله من مكان إلى آخر كالدور والأراضى [٢] .

وعرفه ابن عابدين بأنه : هو الأرض مبنية أو غير مبنية [٣] .

والمنقول : هو الشيء الـذى يمكن نقله من مـحل إلى آخر ، فيشمـل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات [٤] وعند المالكية : المنقول ما أمكن نقله مع بقاء هيئته وصورته دون تغيـر كالملابس والكتب والسيارات ، فإن تغير فهو عقار لا منقول .

وعلى هذا فـالشجر والبناء يـعتبران من العـقار فى المذهب المالكـى والعقار والأرض وما اتصل بها من بناء وشجر [٥] .

وفائدة تقسيم المال إلى عقار ومنقول تظهر فى الأحكام التالية :

* الشفعة تجرى فى العقار دون المنقول عند الجمهور [٦] .

---

(١) سنرى ذلك عند التعرض للقسم الثانى .
(٢) انظر المجلة مادة (١٢٩) : صـ٦١ .
(٣) حاشية ابن عابدين : (٣/ ٣٨٤) .
(٤) انظر المجلة مادة (١٢٨) : صـ٦١ .
(٥) انظر الشرح الكبير للدرديرى : (٣/ ٤٧٦) ، بداية المجتهد : (٢/ ٣٨٦) .
(٦) انظر بداية المجتهد : (٢/ ٣٨٦) ، بدائع الـصنائع : (٥/ ١٢) ، مغنى المحتاج : (٢/ ٢٩٦) ، كشاف القناع : (٤/ ١٤٠) .

* يجوز للوصى على الصغار أن يبيع ما يملكون من منقول حسب ما يراه من وجوه المصلحة ، وليس له أن يبيع عقارهم إلا بمسوغ شرعى كبيعه إيفاء للدين ، أو لزيادة نفقاته على غلاته وغير ذلك من المسوغات [١] .

* عند بيع أموال المدين وفاء لدينه يبدأ بالمنقول أولاً فإن لم يف بيع عقاره[٢] .

* حقوق الجوار والارتفاق تتعلق بالعقار دون المنقول . وسيأتى بيان ذلك.

أما فى القانون فإنه يقترب جداً فى نظره إلى حقيقة العقار والمنقول من مذهب الإمام مالك فقد نصت المادة (١/٨٢) من التقنين المدنى على أن : «كل شىء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه بدون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شىء فهو منقول » [٣] .

لكن توسع القانون فى معنى العقار فى الفقرة الثانية من المادة السابقة ، فأدخل فيه المنقولات التى يضعها صاحبها فى عقار يملكه لخدمة هذا العقار واستثماره وسماه عقاراً بالتخصيص فنصت على الآتى : « ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله » .

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٥/ ١٥٣) ، الشرح الكبير للدرديرى : (٣/ ٢٩٩) ، الشرح الصغير : (٣/ ١٥٤) ، مغنى المحتاج : (٢/ ١٧٥) .

(٢) انظر الشرح الكبير للدرديرى : (٣/ ٢٦٩ وما بعدها) ، مغنى المحتاج : (٢/ ١٥٠)، الملكية ونظرية العقد للشيخ أبى زهرة صـ٦٠ - ٦١ ، المهذب :(١/ ٣٣٢)، المدخل لدراسة الشريعة : صـ١٨٨ ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٤/ ٤٨ - ٤٩) .

(٣) كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠م : صـ١٧ .

وقد توسع القانون أيضاً فى معنى العقار أكثر مما يتسع له مذهب الإمام مالك ، فقد أدخل فيها أيضاً فى المادة (٨٣/ ١) الحقوق العينية المترتبة على العقار كحقوق الارتفاق والترميمات ، حتى الدعوى المتعلقة بحق عينى على عقار ، واعتبار هذه الدعوى عقاراً فيه إغراق فى تصور معنى العقار كما قال الدكتور وهبة الزحيلى [١] .

فقد نصت هذه المادة على الآتى : « يعتبر مالاً عقارياً كل حق عينى يقع على عقار بما فى ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار » [٢] .

ثالثاً : المال المثلى والقيمى :

عرفت مجلة الأحكام العدلية المثلى بأنه : « ما يوجد مثله فى السوق بدون تفاوت يعتد به » [٣] .

فالمال المثلى : هو ما لا تفاوت بين أجزائه أو آحاده ، أو مع تفاوت يسير لا يعتد به مع وجود نظائره فى الأسواق .

وهذا النوع عادة يقدر بالوزن أو بالكيل أو بالعدد ، ومن الأموال المثلية فى الوقت الحاضر جميع المصنوعات التى تنتجها المصانع إذا اتحدت فى المادة والصنع والصفة كالتليفزيونات والغسالات والمراوح والثلاجات [٤] .

---

(١) الفقه الإسلامى وأدلته : (٤/ ٤٧) ، ضمان العدوان فى الفقه الإسلامى لأستاذنا الدكتور محمد سراج صـ١٦٣-١٦٤ ، الملكية ونظرية العقد للشيخ أبى زهرة صـ٦٠ .

(٢) كود القانون المدنى : صـ١٧ .

(٣) مادة (١٤٥) صـ٦٣ الأشباه والنظائر للسيوطى : صـ٣٦١ .

(٤) انظر حاشية ابن عابدين : (٤/ ١٧٩) ، القوانين الفقهية لابن جزى : صـ٢٨٢ ، مغنى المحتاج : (٢/ ٢٨١) ، كشاف القناع : (٤/ ١٠٦) .

وعرفت المجلة المال القيمى بأنه : « ما لا يوجد له مثل فى السوق أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به فى القيمة »[١] .

فالمال القيمى هو ما لا يكون له نظير فى الأسواق أصلاً كالعروض والحيوان والعقار ، والتحف النادرة ، وقد يكون له نظير فى الأسواق ولكن مع التفاوت فى القيمة تفاوتاً يعتد به فى المعاملات ولا يتسامح فيه عادة كالحيوانات ، حتى ولو كانت متحدة الجنس ؛ إذ الرأس من الجاموس أو البقر أو الغنم مثلاً لا تتساوى مع الأخرى فى القيمة لما بينهما من تفاوت فى وجوه وأوصاف شتى ، وكالأرض والبناء[٢] .

ويترتب على هذه القسمة ما يلى :

أنه عند التعدى على المال المثلى وإتلافه ، يجب على المعتدى ضمان مثله مادام موجوداً ، فإن تعذر الحصول على مثله يرد قيمته فمن أتلف لغيره مائة كيلو من البطاطس فعليه أن يرد مثل ما أتلف ، فإن تعذر الحصول على المثل أو انتهى من السوق فعليه أن يرد قيمته ، وإذا وقع الاعتداء والإتلاف على المال القيمى فيجب على المعتدى ضمان قيمته ؛ لأنه لا مثيل له[٣] .

* القسمة وأخذ النصيب تدخل جبراً فى المال المثلى المشترك ، ولكل شريك أخذ نصيبه فى غيبة الآخر دون إذنه، أما القيمى فلا تدخل فيه القسمة الجبرية، ولا يجوز للشريك أخذ نصيبه فى غيبة الآخر بدون إذنه[٤] وسيأتى بيان ذلك.

---

(١) مجلة الأحكام العدلية : المادة (١٤٦) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) انظر اللباب شرح الكتاب : (١٣٨/٢) ، القوانين الفقهية : صـ٢٨٢ ، مغنى المحتاج : (٢٨١/٢ - ٢٨٢) ، كشاف القناع : (١٠٦/٤ - ١٠٨) .

(٤) انظر بدائع الصنائع : (١٩/٧ - ٢٠ - ٢١ - ٢٢) .

* المال المثلى يثبت ديناً فى الذمة إذا عينت أوصافه ، فلو أخذ رجل من آخر مائة كيلو من الفول إلى شهر يكون هذا الالتزام ديناً فى ذمته يوفيه من أى كمية من الفول التى تتوافر فيها أوصاف هذا الدين ، أما المال القيمى ، فإنه لا يثبت ديناً فى الذمة ولا يقبل الثبوت فيها ، فإذا وجدت واقعة شرعية توجب شغل الذمة بالمال القيمى ، فإنها عندئذ تشغل بقيمته من النقود المتداولة وهى مثلية كمن أتلف مالاً قيمياً لغيره ، فإنه يلتزم بضمان قيمته لا بأداء نظيره ؛ لأنه لا نظير له ، ولذلك فإن القرض يجرى فى المثليات لا فى القيميات [1] .

* الأموال القيمية لا يجرى فيها الربا المحرم ، فيجوز بيع غنمة بغنمتين أى: يجوز بيع القليل بالكثير من جنسه فلا يشترط تساوى البدلين إذا كانا من جنس واحد ، أما الأموال المثلية فيجرى فيها الربا الحرام الذى يوجب تساوى العوضين المتجانسين فى الكمية والمقدار وتكون الزيادة حراماً ، فلا يجوز بيع أردب من القمح بأدرب وربع مثلاً ؛ لاشتمال البيع على ما يسمى بربا الفضل، وهذا الربا يختص بالمقدرات المثلية [2] .

أما فى القانون فقد نصت المادة (٨٥) من التقنين المدنى على المثليات فقد جاء فيها : « الأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتى تقدر عادة بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن » [3] .

---

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية مادة (١٥٨) ومادة (٨٩١) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٤/ ٥١) ، حاشية ابن عابدين : (٤/ ٧٩) ، الملكية ونظرية العقد : صـ٥٥-٥٩، المدخل لدراسة الشريعة : صـ١٨٨ .

(٢) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٤/ ٥١) .

(٣) كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : صـ١٨ .

والواقع أن هذه الأشياء هى التى لا تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به كما عرفها الفقهاء الإسلاميون ، فالمثليات فى القانون إذاً هى الموزونات والمكيلات والمذروعات أو المقيسات والمعدودات وهو بهذا يتفق مع تعريف الفقه الإسلامى لها .

ولكن يلاحظ على المادة السابقة أنها أدخلت على تعريف المثليات ما ليس بتعريف لها . ذلك أن قيام بعض هذه الأشياء مقام بعضها الآخر عند الوفاء يعتبر نتيجة لكونها مثلية لا شرطاً لذلك (١) .

والقيميات : يترتب على ما سبق أن الأشياء التى لا تكون مثلية تكون حتماً قيمية ومعنى ذلك أن القيميات هى الأشياء التى تتفاوت آحادها فى القيمة تفاوتاً يعتد به . فالأراضى والمنازل وعروض التجارة كل ذلك قيمى ؛ لأن قطعة الأرض تختلف عن قطعة الأرض ، والمنزل يختلف عن المنزل ، فتتفاوت القيم بين أفراد الجنس الواحد ، وإذا تفاوتت هكذا لم يعد النظر إلى الجنس مفيداً ، بل ينظر إلى كل عين على حدة (٢) .

وتكاد تتشابه الآثار المترتبة على تقسيم المال إلى قيمى ومثلى بين الفقه الإسلامى والقانون (٣) .

---

(١) انظر شرح القانون المدنى الجديد فى الأموال - النظرية العامة للحق العينى للدكتور شفيق شحاتة : صـ٤٩ - ٥٠ .

(٢) السابق : صـ٥٠ .

(٣) السابق : صـ٥١ - ٥٢ - ٥٣ .

الملـــك

تعريف الملك لغة: احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به [١] .

ويقال : مَلَكَ الشيء مِلْكاً حازه وانفرد بالتصرف فيه [٢] .

شرعاً: عرفت مجلة الأحكام العدلية الملك في المادة (١٢٥) بأنه : « ما ملكه الإنسان سواء كان أعياناً أو منافع » [٣] .

وعلى هذا يفهم قول الحنفية : إن المنافع والحقوق ملك وليست بمال ، وعلى هذا فالملك أعم من المال عندهم [٤] .

والملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوجه الاختصاص ، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة [٥] .

وعرفه ابن الهمام : بأنه القدرة على التصرف ابتداء إلا لمانع [٦] .

قال الشيخ محمد أبو زهرة : « معنى هذا التعريف الموجز أن الملك قدرة الشخص التى لا يستمدها من غيره على التصرف إلا لمانع يمنعه من التصرفات، فالذى يملك التصرف بالنيابة من غيره فى شيء لا يعتبر مالكاً ؛ لأنه لا يقدر على التصرف ابتداء ومن ذات نفسه ، بل يقدر عليه بقدرة غيره ، ومن ملك

---

(١) لسان العرب : مادة ملك : (٢٤٦٧/٦) .

(٢) المعجم الوسيط : مادة ملك : (٩٢١/٢) .

(٣) كتاب شرح المجلة : ص٦٠١ .

(٤) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٥٦/٤) .

(٥) انظر حاشية ابن عابدين : (١٠٥/٤) ، شرح المجلة ص٦١ .

(٦) فتح القدير : (٥٦/٦) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ص٣٤٦ .

التصرف ولكن أهـليته للتصرفات ليـست كاملة أو معدومة يعتـبر مالكاً ، وإن حرم من التصرفـات لذلك المانع العارض ؛ لأن العبرة فـى وجود الملك بوجود القدرة الأصلية المسوغة للتصرف عند الخلو من الموانع الناشئة من فقد الأهلية أو نقصانها » [١] .

وعرف المالكية الملـك بأنه : هو تمكن الإنسان شرعاً بنفسه أو بـنيابة عنه من الانتفاع بالعين ، ومن أخذ العوض ، أو تمكنه من الانتفاع خاصة [٢] .

وعرفه الشيخ محمد أبو زهرة اعتماداً على التعريفات السابقة بقوله : «الملك هو الاختصاص بالأشيـاء الحاجز للغير عنها شرعاً الذى بـه تكون القدرة على التصرف فى الأشياء ابتداء إلا لمانع يتعلق بأهلية الشخص » [٣] .

وعلى هذا إذا حاز الإنسان مالاً وكان له الانتفاع به شرعاً أصبح هو المالك، والمال مملوكاً لـه ، وظهرت بينهما علاقة اعـتبارية يقرها الشارع ويرتـب عليها آثارها ، وهذه العلاقة هى الملك أو الملكـية التى من آثارها تمكين المالك - دون غيره - من الانتفاع بالمملوك والتصرف فيه بأنواع التصرفات .

فإذا ثبت هـذا الاختصاص لشخص بـشىء ، وكان له شرعاً بنـاء على هذا الاختصاص أن يستبـد بالانتفاع به أو التصرف فيه ، ثبـت له الملك على ذلك الشىء [٤] .

وفيما يتصل بالقانون المصرى فقد نصت المادة (٨٠٢) من التقنين المدنى على

---

(١) الملكية ونظرية العقد : ص٦٤ .

(٢) انظر الفروق للقرافى : (٢٠٨/٣) ، تهذيب الفروق : ص٢٣٣ - ٢٣٤ .

(٣) انظر الملكية ونظرية العقد : ص٦٥ .

(٤) انظر المدخل لدراسة الشريعة للدكتور عبد الكريم زيدان : ص١٨٩ .

تعريف حق الملكية : « لمالك الشيء وحده ، فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » .

وقد علق الدكتور السنهورى على هذه المادة بقوله : « ويمكن أن يستخلص تعريف حق الملكية من هذا النص فيقال : إن حق ملكية الشيء هو حق الاستئثار باستعماله وباستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم ، وكل ذلك فى حدود القانون » (١) .

وتعريف القانون السابق لحق الملكية أقرب إلى روح الشريعة الإسلامية كما قال أستاذنا الدكتور محمد بلتاجى (٢) .

ما يقبل الملك من الأموال وما لا يقبله :

الأصل فى الأموال أنها بطبيعتها تقبل الملك ، إلا أنه قد يعرض لها من العوارض ما يجعلها غير قابلة للتملك كالأموال التى يتعلق بها حق الناس جميعاً ، وهى المخصصة للمنافع العامة كالطرق العامة والأنهار العظيمة والجسور ونحو ذلك فهذه لا تقبل التملك ولا يرد عليها الملك الفردى بهذه الصفة ، ولكن إذا زالت صفتها كأن استغنى عن الطريق العام جاز التملك ، وكذلك الأموال الموقوفة ، لا تقبل التملك ، ولكن إذا ظهر سبب شرعى يسوغ بيعها ، كما لو قررت الجهة المختصة استبدال الوقف بغيره جاز بيع الوقف وتملكه من قبل الأفراد ، وفيما عدا ما ذكر يصح تملكه وتمليكه (٣) .

---

(١) الوسيط فى شرح القانون المدنى : (٨/ ٦١١ ، ٦١٢) .

(٢) انظر الملكية الفردية فى النظام الاقتصادى الإسلامى لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى : ص٧٨ .

(٣) انظر المدخل لدراسة الشريعة : ص١٩٠ ، والفقه الإسلامى وأدلته : (٤/ ٥٧-٥٨).

أنواع الملك

ينقسم الملك فى الشريعة الإسلامية إلى أنواع عديدة وذلك باعتبارات مختلفة، ونتيجة لاختلاف وجهة النظر إليه ، فباعتبار محله ينقسم إلى قسمين :

الأول: الملك التام **الثانى:** الملك الناقص .

أولاً :الملك التام:

الملك الواقع على ذات العين ومنافعها معاً يسمى بالملك التام وعلى ذلك يكون الملك التام هو ما يثبت على رقبة العين ومنافعها ، ويعطى لصاحبه القدرة على التصرف فى العين والمنفعة بكافة التصرفات السائغة شرعاً [(١)] .

وعرفه قدرى باشا فى المادة (١١) بقوله : « الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة ، استغلالاً فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف فى عينها بجميع التصرفات الجائزة » [(٢)] .

وخالف فى ذلك المالكية وقالوا : إن الأعيان لا تملك إذ ملكيتها لله وحده، ولا ملك للإنسان فى الحقيقة والواقع ؛ لأنه ليس للإنسان سلطان على المادة ، وإنما سلطانه على منافعها فقط فهى التى تملك : فالملك التام عندهم : هو ما كان سبب الملك فيه يقتضى سلطاناً كاملاً على جميع المنافع من غير توقيت مثل الملكية التى ينتجها عقد البيع ، والتى تنتج عن الميراث أو عن حيازة المال

---

(١) انظر الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف : ص٦٣ ، ٦٤ ، المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : (٢٥٨/١ - ٢٥٩) ، الملكية وضوابطها فى الإسلام للدكتور عبد الحميد البعلى : ص٨٢ .

(٢) مرشد الحيران : ص٤ .

المباح ، والملك الناقص : هو ما كان سبب الملك فيه يقتضى سلطة قاصرة أو مؤقتة كالملكية التى تثبت للشخص عن طريق العارية والإجارة والوصية بالمنفعة[١].

قال الشيخ أبو زهرة : ما ذكره المالكية أمور فرضية اعتبارية ولا جَدَاءَ فى هذا الخلاف [٢] .

وقال الحنابلة : إن العباد لا يملكون الأعيان ، وإنما مالك الأعيان خالقها سبحانه ، وأن العباد لا يملكون سوى الانتفاع بها على الوجه المأذون فيه شرعاً، ورغم ذلك قالوا : إن الملك أربعة أنواع : ملك عين ومنفعة ، وملك عين بلا منفعة ، وملك منفعة بلا عين ، وملك انتفاع من غير ملك المنفعة ، وقالوا : إن التقسيم وارد على المشهور [٣] .

أهم خصائص الملك التام :

* أنه ملك مطلق ، دائم لا يتقيد بزمان محدود ما دام الشىء محل الملك قائماً ، ولا ينتهى إلا بانتقاله لغيره بتصرف شرعى ناقل للملك ، أو بالميراث أو بهلاك العين .

* ويمنح صاحبه الصلاحيات التامة من حرية الاستعمال ، والاستثمار والتصرف فيما يملك كما يشاء ، فله البيع أو الهبة أو الوقف أو الوصية ، كما له الإعارة والإجارة ؛ لأنه يملك ذات العين والمنفعة معاً ، فله التصرف فيهما

---

(١) انظر الفروق للقرافى وتهذيب الفروق لمحمد بن على بن حسن المالكى الفرق الثمانون والمائة : (٢/٢٠٨ - ٢٣٢ - ٢٣٣) ، حاشية الدسوقى : (١/٤٣١) .

(٢) انظر الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة .

(٣) القواعد لابن رجب الحنبلى : ص ١٨٧ - ١٨٨ قاعدة ٨٦ .

معاً ، أو بالمنفعة فقط .

* لا يجب فيه الضمان إذا أتلفه صاحبه ؛ إذ لا فائدة من هذا الضمان ؛ إذ لا يتصور أن يكون الشخص مالكاً وضامناً ، ولكن يؤاخذ ديانة ؛ لأن إتلاف المال حرام ، وقد يؤاخذ قضاء فيحجر عليه إذا ثبت سفهه [١] ؛ لأن الله قد أمر الإنسان أن يحافظ على ماله وعلى ألا يضيعه ، قال تعالى : ﴿ **وَاللَّهُ لا يُحِبُّ الْفَسَادَ** ﴾ [٢] .

وقوله تعالى : ﴿ **إِنَّ اللَّهَ لا يُصْلِحُ عَمَلَ الْمُفْسِدِينَ** ﴾ [٣] .

وروى البخارى بسنده عن المغيرة بن شعبة قال : قال النبى -ﷺ- : « إن الله حَرّمَ عليكم عُقُوقَ الأُمَّهَاتِ ووأْدَ الْبَنَاتِ وَمَنَعَ وَهَات ، وكَرِهَ لكُم قِيلَ وَقَالَ وكَثْرَةَ السُّؤَالِ وَإِضَاعَةَ الْمَالِ » [٤] .

ونهى الله تبارك وتعالى عن تمكين السفهاء من التصرف فى الأموال التى جعلها الله للناس قياماً أى تقوم بها معايشهم من التجارات وغيرها ولذلك يحجر على السفهاء قال تعالى : ﴿ **وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا** ﴾ [٥] .

---

(١) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٥/٤٩١ - ٤٩٢) ، المدخل لدراسة الشريعة : ص١٩٠ ، الملكية وضوابطها فى الإسلام : ص٨٢ - ٨٣ .

(٢) البقرة من آية (٢٠٥) .

(٣) سورة يونس آية (٨١) .

(٤) صحيح البخارى مع فتح البارى : (٥/٨٢ - ٨٣) كتاب الاستقراض باب ما ينهى عن إضاعة المال .

(٥) سورة النساء من آية (٥). انظر مختصر تفسير ابن كثير للصابونى:(١/ ٣٥٧-٣٥٨).

وسوف نتحدث عن أسباب الملك التام حينما نتحدث عن مصادر أو أسباب الشيوع .

ويفهم من تحديد القانون لسلطات المالك فى المادة (٨٠٢) أن الملك التام هو ملك الرقبة والمنفعة [١] .

ثانياً : الملك الناقص :

هو إما ملك العين وحدها دون منفعتها ، أو ملك المنفعة وحدها دون رقبتها .

ومن يملك رقبة الأرض فقط فليس له أن يستغلها أو ينتفع بها ما دامت ملكيته لمنفعتها لم ترجع إليه بعد ، ومن يملك منفعة الأرض فقط ليس له أن يتصرف فى رقبة الأرض ولكن له أن يستوفى هذه المنفعة بنفسه أو بواسطة غيره[٢] .

والملك الناقص - كما سبق - إما ملك العين (الرقبة) فقط ، وإما ملك المنفعة فقط ، وملك المنفعة قد يسمى أيضاً بحق الانتفاع ، وينقسم إلى قسمين :

* حق انتفاع شخصى وهو يتعلق بشخص المنتفع فيكون له فقط ، وقد ينتقل إلى غيره فى بعض الحالات كما لو أوصى شخص لآخر بمنافع داره ينتفع بها كيف يشاء ، فإن للموصى له فى هذه الحالة أن يسكنها بنفسه ، كما

---

(١) انظر الحقوق العينية الأصلية للدكتور جميل الشرقاوى : ص١٧ .

(٢) انظر المدخل لدراسة الشريعة للدكتور عبد الكريم زيدان : ص١٩٠ ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٥٩/٤) ، الملكية فى الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية للشيخ على الخفيف : ص٦٣ - ٦٥ ، المدخل الفقهى العام : (٢٥٨/١ - ٢٦٠) .

له أن يعيرها أو يؤجرها لغيره ، وقد لا يكون للمنتفع ذلك إذا وقفت عليه فقط ومن بعده للفقراء [١] .

* حق الانتفاع العينى : ويسمى بحق الارتفاق ، وهو يتعلق بعين العقار المقرر عليه هذا الحق ، ويتبع العقار المقرر له أنى ذهب ، فهو لا يثبت لشخص معين ، بل يتبع العقار المقرر له هذا الحق ، ويتبعه أنى ذهب ويثبت لمن يملك هذا العقار [٢] .

وعلى ذلك يكون الملك الناقص ثلاثة أنواع :

الأول: ملك منفعة فقط يكون معه حق الانتفاع شخصياً .

الثانى: ملك العين فقط .

الثالث: ملك منفعة يكون معه حق الانتفاع عينياً وهو حق الارتفاق [٣] .

قال الشيخ على الخفيف : ويلاحظ أن تسمية هذا النوع من الملك بالملك الناقص تسمية محدثة ، لم تكن معروفة عند سلفنا من الفقهاء الأقدمين [٤].

الشكل الأول:

أن يملك الشخص منافع الشىء دون رقبته ، وهذا الشكل أكثر الحالات الواقعية للملكية الناقصة ، وتستفاد ملكية المنافع بإحدى طرقة أربعة وهى [٥]:

---

(١) انظر المدخل لدراسة الشريعة : ص١٩١ ، ١٩٢ .
(٢) المراجع السابقة .
(٣) انظر المدخل لدراسة الشريعة : ص١٩١ .
(٤) مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ الخفيف : ص١٠ .
(٥) انظر المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : (١/٢٥٨ - ٢٦٠) ، مختصر أحكام المعاملات : ص١٢ - ١٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطى : ص٣٢٦ .

١-الإجارة: « وهى تمليك منافع شىء مباحة مدة معلومة بعوض »[١] .

فللمستأجر أن يتملك بها منفعة المؤجَّر ، وله أن يستفيدها بنفسه على الوجه المنصوص عليه فى عقد الإجارة ، كما له أن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض مادامت المنفعة لا تختلف باختلاف المنتفعين .

٢-الإعارة: « وهى تمليك المنافع بغير عوض »[٢] .

٣-الوقف: « هو حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، بقطع التصرف فى رقبته من الواقف وغيره ، على مصرف مباح ، موجود ، وتصرف منافعه وفوائده إلى وجوه البر تقرباً إلى الله تعالى »[٣] .

وهذا يفيد ملك المنفعة وللموقوف عليه أن يستوفى المنفعة بنفسه وأن يملكها لغيره كما لو وقف شخص داره على فلان ومن بعده على المساجد .

٤-الوصية: « تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء أكان الملك عيناً أم منفعة »[٤] .

كما لو أوصى شخص بمنفعة داره ، فللموصى له أن ينتفع بها على الوجه الذى يريده ، فله أن يسكنها وله أن يؤجرها ، وله أن يعيرها .

الشكل الثانى:

عكس الأول وذلك بأن يملك الشخص رقبة الشىء دون منافعه ، وهذا قليل

---

(١) الشرح الكبير للدرديرى : (٤/ ٢) ، وانظر تعاريف أخرى فى فتح القدير : (٩/ ٥٨) ، والأشباه والنظائر لابن نجيم : ص٢٦٩ .

(٢) انظر المبسوط : (١١/ ١٣٣) ، الهداية : (٩/ ٤٠٣) ، القوانين الفقهية لابن جزى: ص٢٣٠ .

(٣) انظر مغنى المحتاج : (٢/ ٣٧٦) ، كشاف القناع : (٤/ ٢٤٠) .

(٤) انظر الدر المختار : (٥/ ٤٢٨) ، تحفة الفقهاء : (٣/ ٢٠٥ - ٢٠٦) .

وخلاف الأصل فى ملكية الرقبة التى من خصائصها أن تستتبع المنفعة ؛ إذ لا فائدة من إيجاب ملكية جردت من حق الانتفاع ولذا كان هذا الشكل الذى يجرد فيه ملك الرقبة من حق الانتفاع حالة استثنائية تثبت موقوتة ثم تؤول إلى تبعية المنفعة للرقبة ، وهذا الشكل لا يكون إلا بطريق الوصية فى صورتين منها فقط وهما [١] :

* إذا أوصى المالك بمنفعة عين لشخص بعد موته سواء أكان ذلك لأمد معلوم له نهاية معلومة ، أم مدة حياة الموصى له ، فإنه فى مدة حياة الموصى له ، أو مدة انتفاعه المعينة يكون هو مالكاً للمنفعة ، وليس للورثة إلا الرقبة وحدها .

* إذا أوصى المالك لشخص بمنفعة العين ولآخر برقبتها ، فإن الموصى له بالرقبة يكون مالكاً للرقبة وحدها ، فى مدة انتفاع الموصى له بالمنفعة سواء كانت لها نهاية معلومة أم تنتهى بالموت .

وفى هاتين الصورتين يكون ملك الرقبة مؤقتاً محدوداً بملكية الآخر للمنفعة، فإذا انتهى ملك المنفعة إما بموته أو بانتهاء مدتها ، عادت المنفعة إلى مالك الرقبة ، وتصير المنافع والرقبة ملكاً لصاحب الرقبة ، فيصير ملكه ملكاً تاماً ، وإذن فملكية الرقبة دائماً تنتهى بملك تام [٢] .

الشكل الثالث من الملك الناقص :

ملك المنفعة العينى أو حق الارتفاق .

---

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطى : ص٣٢٦ ، المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : (١/٢٥٨ - ٢٦٠) .

(٢) انظر الملكية ونظرية العقد للشيخ أبى زهرة : ص٦٩ ، بدائع الصنائع : (٧/٣٥٢ - ٣٥٣) ، الهداية مع فتح القدير : (١٠/٤٨٥) .

جاء فى مرشـد الحيران : « الارتفاق هو حق مقـرر على عقار لمنفـعة عقار لشخص آخر » (١) .

وعرفه الدكـتور وهبة الزحيلى بـقوله : « حق الارتفاق هو حق مـقرر على عقار لمنفعة عـقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول ، وهـو حق دائم يبقى ما بقى العقـاران دون النظر إلى المالك مثل حق الـشرب ، وحق المجرى ، وحق المسيل ، وحق المرور ، وحق الجوار ، وحق العلو » (٢) .

وتسمية هذه الحقـوق بحقوق الارتفاق تسمية حديثة أطلـقها صاحب مرشد الحيران المرحوم قدرى باشا ، وهذا التـعريف لا يصدق على حق الجوار ، ولا على حق الـتعلى ، ولا على حـق الشفة ، ولكن الفـقهاء يتكلـمون عن هذه الحقوق جميعاً باعتبار أنها من حق الانتفاع العينى (٣) .

ويكتسب حق الارتفاق بالاشتراك العام فى المرافق العامة من طرق ومصارف عامة وأنهار وبالاشتراك فى العقود وبالميراث والتقادم المشروع (٤) .

كما جاء ذلك فـى المادة (١٢٢٤) من المجلة : « يعتبر الـقدم فى حق المرور وحق المجرى وحق المسيل ، يعنى تترك هذه الأشـياء وتبقى على وجهها القديم الذى كانت عليه ؛ لأن الشىء القديم يبقى على حاله . . ولا يتغير إلا أن يقوم الدليل على خلافه أما القديم المخالف للشرع فلا اعتبار له يعنى إذا كان الشىء

---

(١) مادة (٣٧) ص١٠ .

(٢) انظر الفقـه الإسلامى وأدلته : (٤/ ٦٣) ، كتاب المعـاملات الشرعية الماليـة للشيخ أحمد إبراهيم : ص١٧ .

(٣) انظر المدخل لدراسة الشريعة ص١٩٦ .

(٤) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٥/ ٥٠١) .

المعمول غير مشروع فى الأصل لا اعتبار له وإن كان قديماً ، ويزال إذا كان فيه ضرر فاحش ، مثلاً إذا كان لدار مسيل قذر فى الطريق العام ولو من القديم وكان به ضرر للمارة فإن ضرره يرفع ولا اعتبار لقدمه » .

وقد عرفت المادة (١٠١٥) من التقنين المدنى حق الارتفاق بقولها : «الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر ، ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا المال » .

وجاء فى المذكرة التوضيحية لهذه المادة ما يأتى : « حق الارتفاق هو خدمة مقررة لعقار على عقار آخر ، وتكون هذه الخدمة غالباً شيئاً مما نص عليه فى العقود القانونية التى ترد على حق الملكية كشرب أو مجرى أو مسيل أو مطل أو مرور أو غير ذلك ومن أجل ذلك سميت هذه القيود بحقوق الارتفاق القانونية، والخدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق » [١] .

وقد نصت المادة (١٨٦) على أسباب كسب الارتفاق فقالت : « حق الارتفاق يكسب بعمل قانونى أو بالميراث ، ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور » .

ونصت المادة (١٠١٧) على كسب حق الارتفاق بما يسمى بالارتفاق الضمنى.

وجاء فى المذكرة التوضيحية ما يلى : « أسباب كسب حق الارتفاق هى أسباب كسب حق الملكية إلا أن يكون سبب كسب الملكية متعارضاً مع طبيعة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : (٦/ ٦٢٤) .

حق الارتفاق فيخرج بذلك الاستيلاء والالتصاق والشفعة ، ويبقى العمل القانونى (العقد والوصية والميراث والتقادم) واشترط فى كسب حق الارتفاق بالتقادم أن يكون ظاهراً وذلك حتى لا يشوب الحيازة عيب الخفاء .. ويدخل فى الارتفاق الضمنى لكسب حق الارتفاق ما يسمى بتخصيص المالك الأصلى وشروطه هى :

١- وجود عقارين منفصلين لمالك واحد .

٢- وجعل أحد العقارين يخدم بالفعل العقار الآخر .

٣- ووضع علامة ظاهرة لذلك ، فإذا ملك العقارين بعد ذلك مالكان مختلفان دون أن تتغير حالتهما ، عد حق الارتفاق مرتباً لأحد العقارين على الآخر ولصاحب الشأن أن يثبت توافر هذه الشروط بجميع الطرق بما فى ذلك البينة والقرائن [١] .

وأول حقوق الارتفاق : حق الشرب :

الشرب فى اللغة : معناه الحظ والنصيب من الماء ، قال تعالى : ﴿ هَٰذِهِ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴾ [٢] وقال تعالى : ﴿ وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ ﴾ [٣] .

شرعاً : هو نوبة الانتفاع سقياً للأرض أو الشجر أو الزرع [٤] .

---

(١) انظر الأعمال التحضيرية : (٦/٦٢٨ - ٦٢٩) .

(٢) سورة الشعراء آية (١٥٥) .

(٣) سورة القمر آية (٢٨) .

(٤) مرشد الحيران ص١٠ مادة (٣٨) .

ويقابل حق الشرب الذى خص بسقى الزرع والشجر حق الشفة الذى هو خاص بشرب الحيوان والإنسان ومنفعته بالماء كالوضوء والغسل ونحو ذلك[1].

والماء بالنسبة لهذا الحق أربعة أنواع:

١- الأنهار العظام العامة كالنيل ودجلة والفرات ونحوها فلا ملك لأحد فيها وإنما هى حق لعامة المسلمين ، فلكل واحد أن ينتفع بهذه الأنهار لنفسه ودوابه وأراضيه ، وله أن يشق الأنهار منها لكن بشرط ألا يضر بالنهر وبالصالح العام كالانتفاع بالطريق العامة ، وإن أضر فلكل واحد من المسلمين منعه .

٢- ماء الجداول والأنهار الخاصة المملوكة لشخص لكل إنسان حق الشفة منه لنفسه ودوابه ، وليس لغير مالكه سقى أراضيه إلا بإذن مالك المجرى .

٣- الماء الذى يكون فى الحياض والآبار والعيون ، فليس بمملوك لصاحبه بل هو مباح فى نفسه سواء كان فى أرض مباحة أو مملوكة لكنه حق خاص منه؛ لأن الماء فى الأصل خلق مباحاً ؛ لقول النبى -ﷺ- : « الناس شركاء فى ثلاثة : الماء والكلأ والنار » [2] والشركة العامة تقتضى الإباحة ، إلا أنه إذا جعل فى إناء وأحرز به فقد استولى عليه وهو غير مملوك لأحد فيصير مملوكاً

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٦/١٨٨ - ١٩٢) ، الدر المختار (٥/ ٢٩٠) ، الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبى زهرة : ص٨٠ .
الشُّرْب : يقال شرب الماء شُرْباً جرعة . أما الشِّرب : فهو الحظ والنصيب من الماء لسقى الزرع . المعجم الوسيط : مادة (شرب) .

(٢) مسند أحمد : (٥/ ٣٦٤) ، مسند أبى خراش عن رجل . سنن ابن ماجه : (٢/ ٨٢٦) كتاب الرهون باب المسلمون شركاء فى ثلاث .

للمستولى ، ويثبت فيها حق الشفة [١] دون حق الشرب ، فإن أبى صاحب الماء ومنع الناس من الاستسقاء لأنفسهم ودوابهم لهم أن يقاتلوا حتى يأخذوا قدر ما يندفع به الهلاك عنهم .

٤- الماء المحرز فى أوان خاصة : كالجرار والصهاريج ، لا يثبت لأحد لحق الانتفاع به بأى وجه إلا برضا صاحب الماء ، لكن المضطر لهذا الماء الذى يخاف على نفسه الهلاك من العطش ، له أخذ ما يحتاجه منه ولو بالقوة ليدفع عن نفسه الهلاك، ولكن مع دفع قيمته؛ لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير [٢].

وقد أشارت المادة (٨٠٨) من التقنين المدنى على حق الشرب ، فنصت على الآتى :

١- « من أنشأ مسقاة أو مصرفاً خصوصياً طبقاً للوائح الخاصة بذلك كان له وحده حق استعمالها » .

٢- « ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها ، وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منها» .

---

(١) حق الشَّفة : أى حق شرب الإنسان والحيوان والشفة الجزء اللحمى الظاهر الذى يستر الأسنان . المعجم الوسيط : مادة (شفّ) .

(٢) انظر الدر المختار ورد المحتار : (٥/ ٢٩٠ - ٢٩١) ، بدائع الصنائع : (٦/١٨٨- ١٩٢) ، لسان الحكام لابن الشحنة : ص٤٠٣ ، القوانين الفقهية : ص٢٩٠-٢٩١، كفاية الأخيار : (١/١٩٦) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٥/٤٩٦- ٤٩٧) .

فنلاحظ أن حق الشرب مقرر قانوناً بمقتضى المادة السابقة ، ولكن استعماله معلق على دفع التعويض ، والغريب أن التعويض الذى تفرضه المادة على ملاك الأراضى المجاورة هو عبارة عن نصيب فى نفقات الإنشاء ونفقات الصيانة أيضاً وهذا كله بنسبة مساحة الأراضى المنتفعة ، مما يرقى بملاك الأراضى المجاورة إلى مرتبة الشركاء فى ملكية المسقاة ، وقد ذهب لذلك بعض شراح القانون .

وقال الدكتور شفيق شحاتة : على أن الواقع غير ذلك ، فالمسقاة فى الأصل منشأة فى ملك صاحبها ، فلا يكون دفع الجار لنفقات إنشائها كافياً لاعتباره شريكاً فى ملكيتها ، أما دفعه لنفقات الصيانة فواجب عليه باعتباره مالكاً للعقار المرتفق [1] .

ونحن نوافق الدكتور شفيق حتى إنه إذا لم يبق من الماء شىء للملاك المجاورين فعليهم أن يبحثوا عن طريقة أخرى لرى أراضيهم قد تكون بتوسيع المسقاة ، أو بأية وسيلة أخرى .

حق المجرى :

هو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء فى إجرائه من ملك جاره إلى أرضه لسقيها ، وقد يكون المجرى نفسه مملوكاً للجار ، أو لصاحب الأرض المحتاجة له ، أو لهما معاً ، أو مشتركاً بينهما وبين آخرين [2] .

---

(١) شرح القانون المدنى فى الأموال ص٣٦٥ - ٣٦٦ .

(٢) انظر الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد يوسف موسى : ص١٧٦ ، كتاب المعاملات الشرعية للشيخ أحمد إبراهيم : ص٢٦ ، مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف : ص٢٢-٢٣ ، مختصر كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية للشيخ أحمد أبى الفتوح : ص ١٤-١٥ .

وليس للجار أن يمنع مرور الماء لأرض جاره ، وإلا كان لهذا إجراؤه برغم أنفه ، وقد حدث ذلك فى خلافة عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - حيث يروى أن الضحاك بن خليفة الأنصارى كان له أرض لا يصل إليها الماء إلا بمروره فى أرض محمد بن مسلم ، فأبى محمد أن يدع الماء يمر فى أرضه للضحاك ، فقال له الضحاك : إن أرضك ستشرب منه أولاً وآخراً ، فأبى محمد ، فأتى الضحاك عمر بن الخطاب فذكر له ذلك ، فكلم محمد بن مسلمة ، وقال : اترك ابن عمك فرفض ، فسأله عمر : أعليك فيه ضرر ؟ قال : لا ، فقال له عمر : فوالله لو لم أجد له ممراً إلا على بطنك لأمررته(١) .

وليس لصاحب الأرض أن يمنع مرور الماء من هذا المجرى ولا أن ينقله من مكانه إلا برضا أصحاب الحق فيه ، وله مطالبتهم بإزالة الضرر البين الذى يصيبه منه بسبب نزِّ جانبيه ، فيزال بتعميقه وإمرار الماء فيه بقدر ، أو بتقوية جانبيه ، أو بغير ذلك حتى لا ينز الماء فيتلف ما عليها من الأرض والزرع(٢) .

وقد نصت المادة (٨٠٩) من التقنين المدنى على حق المجرى على الوجه الآتى : « يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن مورد المياه . . . بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضاً عادلاً »(٣) .

وعلى مالك العقار المرتفق تطهير المساقاة التى تخترق العقار المرتفق به ويلزم

---

(١) انظر الخراج ليحيى بن آدم : ص١١١ - ١١٢ .

(٢) الدر المختار : (٢/ ٢٩٤ - ٢٩٥) ، الهداية : (١٠/ ٨٤ - ٨٥) ، مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف : ص٢٢ - ٢٣ .

(٣) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص١٩٥ .

بصيانتها ، فإن قصر حتى لحق الضرر بمالك العقار الخادم ، فإن لمالك الأرض أن يطلب تعويضاً كافياً عما أصابه من ضرر ، فعلى هذا نصت المادة (٨١٠) ، « إذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها ، سواء كان ذلك ناشئاً عن عدم التطهير أم عن سوء حالة الجسور ، فإن لمالك الأرض أن يطلب تعويضاً كافياً عما أصابه من ضرر » [1] .

وهو يتفق مع ما قال به الفقهاء ؛ لأن الضرر يزال .

حق المسيل :

« هو أن يكون لشخص حق تصريف المياه الزائدة فى ملكه من ملك الغير »[2] .

وقد يكون هذا المجرى الذى تصرف فيه هذه المياه ملكاً للمنتفع به وقد يكون مملوكاً للذى يمر المسيل فى أرضه .

وإرسال الماء قد يكون فى مجرى على سطح الأرض أو فى أنابيب تنشأ لتصريف الماء الزائد حتى يصل إلى مستودعه ومستقره كالمصارف العامة للأراضى الزراعية ، أو أماكن تجمع الصرف الناتج عن الماء المستعمل فى البيوت .

وحكمه كحكم المجرى ، فليس لمن يمر المسيل فى أرضه أن يمانع فى ذلك

(١) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص١٩٥ .

(٢) انظر كتاب المعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد إبراهيم : ص٢٦ ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٥/ ٤٩٧) ، الملكية ونظرية العقد للشيخ أبى زهرة : ص٩١ ، المدخل لدراسة الشريعة للدكتور عبد الكريم زيدان : ص١٩٨ ، وانظر بدائع الصنائع : (٦/ ٢٦٥) .

أو يعارضه إلا إذا حدث ضرر بـين لا يمكن تلافيه فله منعـه ، ونفقات إصلاح المجرى (المسيل) الذى تمر فيه هذه المياه على المنتفع به دون غيره كما هو الحكم فى حق المجرى ، والفـرق بين المسيل والمجرى أن المجرى لجلب المـياه الصالحة للأرض ، والمسيل لصرف الماء غير الصالح عن الأرض [1] .

وقد نصـت على حق المسيـل المادة (٨٠٢/ ٢) حيث قالت : « أنـه يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا . . المصرف فيما تحتاج أراضيهم من صرف بعد أن يكون مالك المصرف قد استوفى حاجته » .

وقد نصت عليه كذلك المادة (٨٠٩) حيـث قالت أنه : « يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمـر بأرضه . . مياه الصرف الآتيـة من الأراضى المجاورة لتصب فى أقرب مصرف عمومى بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضاً عادلاً» .

وأشار القانون إلى أن حـق المسيل من الارتفاقات القانونيـة ، ولكنه لا يبدأ استعـماله إلا بعد دفـع التعويـض ، وقد نصت علـى ذلك المادة (٨٠٨/ ٢) حيث قالت : « وعلـى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتـركوا فى نفقات إنشاء المساقاة أو المصرف وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منها » .

وتقضى المادة (٨١٠) على أنـه : « إذا أصاب الأرض ضرر من مصرف يمر بها فإن لمـالك الأرض أن يطلب تعويضـاً كافياً عما أصابـه من ضرر » وإذا لم يتـفق المنتـفعون بمـصرف على الـقيام بالإصـلاحات الضـرورية جاز إلزامـهم بالاشـتراك فيهـا بناء علـى طلب أى واحـد منهم وهـذا ما أشارت إليـه المادة (٨١١).

---

(١) انظر المراجع السابقة .

وقياساً على الحقين السابقين (المجرى والمسيل) يمكن قياس المواد الأخرى على الماء كأنابيب المجارى والوقود ونحوهما مما يمكن تطبيق القواعد الشرعية العامة لحقوق الارتفاق فى تنظيم العلاقات بين الناس [١] .

حق المرور:

هو أن يكون لشخص الحق فى أن يمر من ملك جاره ليصل إلى ملكه ، داراً أو أرضاً ، ولصاحب هذا الحق أن يستوفيه كما ثبت له لا أكثر ، فإذا كان يمر فيه هو (ومن فى عياله) فقط فلا يجوز له أن يمر بدوابه وعربته ، وإن كان يمر بها فلا يصح منعه ، وقد يكون له ملك الطريق الذى يمر به وسط ملك جاره، أو يكون مشتركاً بينهما فقط ، أو بينهما وبين غيرهما ، ولصاحب الحق أن يلتزم فى كل ذلك بعدم تجاوز الحد أو الإضرار بملك غيره [٢] .

وحكمه يختلف بحسب نوع الطريق :

فإذا كان الطريق عاماً : فلكل إنسان حق الانتفاع به ؛ لأنه من المباحات ، سواء بالمرور أو بفتح نافذة أو طريق فرعى عليه ، أو إنشاء شرفة ونحوها ، وله إيقاف الدواب أو السيارات أو إنشاء مركز للبيع والشراء ، ولا يتقيد إلا بشرطين [٣] :

---

(١) انظر الملكية الفردية لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى : ص٩٨ .

(٢) انظر كتاب المعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد إبراهيم ص٢٦ ، مختصر كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية للشيخ أحمد أبى الفتوح ص٢٦ ، الملكية الفردية فى النظام الاقتصادى الإسلامى لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى ص٩٩ .

(٣) انظر الدر المختار ورد المحتار : (٥/ ٣٩٢ - ٣٩٣) ، الهداية وفتح القدير : (١٠/ ٣٠٦- ٣٠٧) ، مغنى المحتاج : (٢/ ١٨٢ - ١٨٣) ، القوانين الفقهية : ص٢٩٢، الفقه الإسلامى وأدلته : (٥/ ٦٠٧) .

الأول: السلامة وعدم الإضرار بالآخرين .

الثانى: الإذن فيه من الحاكم ، فإن أضر المار أو المنتفع بالآخرين كأن أعاق المرور ، منع وإن لم يترتب على فعله ضرر جاز بشرط إذن الحاكم عند أبى حنيفة .

ولا يشترط الإذن عند الشافعية والحنابلة (١) .

والإذن واجب لتنظيم الممرات والشوارع حتى لا يؤدى إلى الفوضى .

وقال المالكية : من بنى فى طريق المسلمين أو أضاف شيئا من الطريق إلى ملكه منع منه باتفاق(٢) .

وقال الشافعية : الطريق النافذ أى الشارع لا يتصرف فيه بما يضر المارة فى مرورهم فيه ؛ لأن الحق فيه للمسلمين كافة ، فلا يشرع فيه جناح أى روشن الرف والكوة والشرفة ، ولا سباط (أى سقيفة على حائطين ، والطريق بينهما) يضر الناس كل منهما أى الجناح والسباط (٣). وكذلك قال الحنابلة (٤).

* وأما إن كان الطريق خاصا :فحق الانتفاع به مقصور على صاحبه أو أهله المشتركين فيه ،فليس لغيرهم أن يفتح عليه بابا أو نافذة إلا بإذن منهم ، ولكل الناس حق المرور فيه عند زحمة الطريق العام ، وليس لأصحابه سده أو إزالته احتراما لحق العامة فيه،كذلك ليس لأحد من أصحاب الحق فى الطريق الخاص الارتفاق به على غير الوجه المعروف إلا بإذن الشركاء كلهم (٥).

---

(١) انظر مغنى المحتاج : (٢/١٨٢) ، والمغنى (٥/ ٣٣- ٣٤- ٣٥) .

(٢) انظر القوانين الفقهية : ص ٢٩٢ .

(٣) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ١٨٢) .

(٤) انظر المغنى : (٥ / ٣٣) .

(٥) الدر المختار ورد المحتار : (٥ / ٣٩٣) ، القوانين الفقهية : ص ٢٩٢ ، مغنى ==

وقد نصت المادة (١/١٨٢) من التقنين المدنى على حق المرور حيث قالت: « مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التى لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة ، له حق المرور فى الأرض المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه ، واستعمالها على الوجه المألوف ، ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام ، وذلك فى نظير تعويض عادل ، ولا يستعمل هذا الحق إلا فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك» (١).

وقد يكون الانحباس نتيجة تصرف المالك فى ملكه أدى إلى انحباسه عن الطريق العام ، ويرى بعض الفقهاء أنه لا يجوز له طلب المرور من أرض الجار، ويرى البعض الآخر أنه يجب ألا يرفض طلب المرور القانونى بسبب الانحباس الذى يرجع إلى فعل مالك الأرض المحبوسة فى جميع الأحوال ، ذلك أن من حق المالك أن يغير استعمال هذه الأرض ، وقد يؤدى هذا التغيير إلى قيام الانحباس بسبب عدم كفاية الممر (٢).

أما فى حالة الانحباس الناشئ عن تجزئة العقار بتصرف قانونى ، فقد نصت المادة (٨١٢ / ٢) على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى ، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار ، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا فى هذه الأجزاء (٣).

أما عن حقوق الجوار فهى على النحو التالى :

== المحتاج : (٢ / ١٨٤) ، المغنى :(٥ / ٣٤).

(١) كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ١٩٥ .

(٢) انظر الحقوق العينية الأصلية للدكتور جميل الشرقاوى : ص٩٣ .

(٣) انظر القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ١٩٦ .

حق التعلى:

وهو أن يكون لشخص الحق فى أن يعلو بناؤه بناء غيره بأن يقيمه عليه فعلا كما فى دار مكونة من طبقة سفلى ، وأخرى عليا ، وكل طبقة مملوكة لشخص أى يكون السفل لمالك والعلو لمالك آخر ، فبهذا يكون لصاحب العلو حق القرار على ذلك السفل والانتفاع بسقفه من غير أن يكون مالكاً له لأنه مملوك لصاحب السفل ، وهذا الحق يبقى قائما وإن انهدم البناء الأسفل ، أو الأعلى، ولصاحب العلو ولوارثه من بعده الحق فى بنائه وإحداثه من جديد حين يريد ، إذا كان هذا التغير لا يضر بالسفل ويوافق الرسم المعتاد [١].

ولكل من صاحب العلو والسفل حقوق على الآخر ، وهذه الحقوق فى مجموعها محكومة بقاعدة (لا ضرر ولا ضرار) [٢]. وعلى ذلك لا يجوز لأحدهما أن يتصرف فى ملكه تصرفا يضر بالآخر إلا بإذنه ، كأن يحدث صاحب السفل بالوعة ،أو بئراً ، أو قناة ، أو نحوها بجوار الحائط ، أو يفتح نافذة أو أكثر ، أو يكسر خشبة من السقف أو نحو ذلك ، مما يترتب عليه وهن البناء ؛ لأن فى ذلك إضرار بصاحب العلو ؛ إذ يقصر أجل بنائه .

وكذلك لا يجوز لصاحب العلو أن يدق دقا شديدا على السقف فيوهنه ويقلق راحة صاحب السفل ، أو يضع كثيرا من الأثقال على جزء صغير من السقف لا يحتمله عادة ؛ لأن بقاءه سليما من حقوق صاحب السفل ؛ لأنه يستر مبانيه من تأثير الشمس والأمطار [٣].

---

(١) انظر المدخل لدراسة الشريعة للدكتور عبد الكريم زيدان : ص ١٩٩ ، ٢٠٠ ، مختصر كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية للشيخ أحمد أبى الفتوح :ص ١٦ .

(٢) موطأ مالك (٢ / ٧٤٥) كتاب الأقضية باب القضاء فى المرافق .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ٢٦٤ - ٢٦٥) ، القوانين الفقهيه : ص ٢٩٢ ، ==

والأصل فى تصرف الجار الإباحة ؛ لأنه تصرف فى ملكه ، والملك يقتضى إطلاق التصرف كما يشاء المالك ، إلا إذا لحق بسببه ضرر بالغير فيمنع حينئذ المالك منه [١].

وإذا انهدم بناء أحدهما قضاء وقدرا فلا يجبر صاحبه على إعادته بل يطلب منه ذلك ، فإن أعاده فبها ، وإلا جاز للآخر بناؤه والرجوع على صاحبه بما صرفه ، ثم إن كان البناء بإذن القاضى أو المالك رجع بما صرفه بالغا ما بلغ ، وإن كان بغير إذن رجع بما يقدره الخبراء العادلون .

أما إذا هدم أحدهما بناء تعديا أجبر على إعادته ،فإن لم يعده جاز للقاضى أن يعزره بالحبس على رأي أبى حنيفة حتى يعيده ، أو أن يبيع من أمواله جبرا على رأى الصاحبين [٢].

ولا يجوز لصاحب العلو أن يبنى فى علوه بناء جديدا ، ولا أن يزيد فى ارتفاعه بغير إذن صاحب السفل ، إلا إذا علم أنه لا يضر بالسفل ، فله ذلك بغير إذن صاحب السفل [٣].

وقد نقل التقنين المدنى نظام السفل والعلو ، والتزامات كل من صاحب السفل والعلو تجاه الآخر من الشريعة الإسلامية ،فمن التزامات صاحب السفل

== مغنى المحتاج : (٢ / ١٨٩) ، منار السبيل (١ / ٣٥٠)، مختصر كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية : ص ١٦ ، ١٧ .

(١) انظر الدر المختار ورد المحتار : (٤ / ٣٧٥) من مرشد الحيران .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ٢٦٤ ، ٢٦٥)، مختصر كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية : ص ١٦ ، المدخل لدراسة الشريعة : ص ٢٠٠ ، مرشد الحيران : ص١٤ مادة (٦٦ ، ٦٧).

(٣) مرشد الحيران : المادة (٦٨).

أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو ، وقد نصت المادة (٨٥٩ مدنى) على الآتى :

«١ ـ على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو » .

« ٢ـ فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل، ويجوز فى كل حال لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة»[1].

الالتزام الثانى على صاحب السفل : أن يعيد بناء السفل إذا انهدم فقد نصت المادة (٨٦٠) مدنى على الآتى :

«١ـ إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله ، فإذا امتنع ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل ، إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه » .

«٢ـ وفى الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته ، ويجوز له أيضا أن يحصل على إذن فى إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه » [2].

وقد رأينا أن الفقهاء فرقوا بين الهدم القدرى ، والهدم المتعمد ففى حالة هدمه قدرا لا يجبر صاحبه على إعادته ،وإن هدمه متعمدا أجبر على إعادته .

---

(١) كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ٢٠٨ ، وانظر المادة (١١٩٢) من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ٢٠٨ ، وانظر مرشد الحيران : (المادتان (٦٦ ، ٦٧)، مجلة الأحكام العدلية : (المادتان ١١٩٢ ، ١٣١٥).

وأما عن التزام صاحب العلو فقد نصت المادة (٨٦١مدنى) على الآتى : «لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل » [١].

ومما سبق يتبين لنا سبق الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامى للقانون الوضعى فى النص على الأحكام المتعلقة بالعلو والسفل .

حق الجوار:

المراد بالجوارهو الجوار الجانبى ،وهو ينشأ من الملاصقة بالجدران ، ويترتب عليه الحق لكل جار على جاره ألا يفعل فى ملكه ما يضر بملك جاره ضررا بينا فاحشا [٢].

قال أبو حنيفة [٣]: للمالك أن يتصرف فى ملكه أى تصرف شاء سواء كان تصرفا يتعدى إلى غيره أم لا ، فله أن يبنى فى ملكه مرحاضا أو حماما أو رحى أو تنور [٤] ، وله أن يقعد فى بنائه حدادا أو قصارا ، وله أن يحفر فى بيته بئراً أو بالوعة ، وإن كان ذلك يوهن البناء ، ويتأذى به جاره ؛ لأن للمالك مطلق التصرف فى الأصل ، إلا أن الامتناع عما يؤذى الجار واجب للحديث « لا يدخل الجنة من لا يأمن جاره بوائقه » [٥].

---

(١) القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ٢٠٨ ، مرشد الحيران : (المادة ٦٨) ، مجلة الأحكام العدلية : (المادة ١١٩٢) ، الوسيط للدكتور السنهورى : (٨ / ٢٣٣٤ ، وما بعدها).

(٢) انظر المدخل لدراسة الشريعة : ص ٢٠ .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ٢٦٤)، المبسوط : (١٥ / ٢١) ، والمادة (٧٠) من مرشد الحيران .

(٤) التنور : الفرن يخبز فيه ، القصار : المبيض لـلثياب والذى يهيئ النسيج بعد نسجه ببله ودقه بالقصرة .

(٥) صحيح مسلم بشرح النووى: (٢ / ٣٧٦) كتاب الإيمان باب بيان تحريم إيذاء الجار.

لكن فى الجدار المشترك ذهب الشافعية فى الجديد : إلى أنه ليس لأحد الشريكين وضع جذوعه عليه بغير إذن شريكه وليس له أن يدق وتدا ، أو يفتح كوة أو نحوهما مما يضايق فيه عادة إلا بإذن شريكه ، وله أن يستند إليه ويسند متاعا لا يضر ، وله ولغيره مثل هذا الانتفاع فى جدار الأجنبى ؛ لأنه لا ضرر على المالك (١).

وقال الصاحبان : بمقتضى الاستحسان يتقيد استعمال مالك العقار وتصرفه بما لا يؤدى إلى ضرر بين فاحش بجاره؛ لقوله ﷺ :«لا ضرر ولا ضرار»(٢).

والضرر البين الفاحش : ما يكون سببا لهدم أو سقوط بناء الجار ، أو ما يوهن البناء ، أوما يؤذى الجار أذى بالغا على وجه دائم ، أو ما يؤدى إلى سلخ حق الانتفاع بالكلية : وهو ما يمنع من الحوائج الأصلية ، كأن يحول داره إلى فرن ، أو مصنع للحديد ، أو مطحنة للحبوب ، أو حمام أو تنور ، أو يبنى جدارا عاليا يمنع به الضوء عن جاره ، فإن فعل شيئا مما ذكر منع منه وأمر بإزالته ، وكان ضامنا ما يترتب عليه من تلف بدار جاره ، سواء أكان بالمباشرة أم بالتسبب (٣).

وعند المالكية والحنابلة : يتقيد استعمال المالك بألا يضر بالآخرين ، فإن لم تكن له مصلحة ظاهرة فى التصرف ، أو لم يقصد سوى الإضرار بالآخرين

---

(١) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ١٨٩) ، الكوة : خرق فى الجدار يدخل منه الهواء والضوء .

(٢) سنن ابن ماجه (٢ / ٧٨٤) كتاب الأحكام باب من بنى فى حقه ما يضر بجاره ، مسند أحمد (٥ / ٣٢٧) من مسند عبادة بن الصامت .

(٣) كتاب شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم بن رستم باز : ص ٦٠٦ مادة (١١٩٩، ١٢٠٠)، ومرشد الحيران : ص ١٣ ، مادة (٥٩).

منـع منه ؛ لأن المسلم ممنوع مـن قصد الإضـرار ، ومن أحدث ضـررا أمر بقطعه[١].

والمشهور عند المالكية : أن الشخص لا يمنع إذا أراد أن يعلى بنيانا يمنع جاره الضوء والشمس ، ويمنع إذا أراد أن يبنى بنيـانا يمنع الهواء ، واتفقوا أيضا على منع أنواع من الضرر المحدث وهو : كفتح كوة أو طاقة يكشف منها على جاره فيؤمر بسدهـا ، أو سترها ، ومنه أن يبنى فى داره فرنـا ، أو حماما ، أو كير حداد ، أو صائـغ مما يضر بجـاره دخانه فيمـنع منه ، إلا إن احتـال فى إزالة الدخان،ومنه أن يصرف ماءه علـى دار جاره أو سقفه ، أو يجرى فى داره ماء فيضر بحيطان جاره[٢].

ومما سبـق يتبين أن الاتجاه الأقـوى هو الذى يجيز لـلمالك أن يتـصرف فى ملكه بما لا ضرر فيه على الجار ، فـإن تصرف تصرفا أدى إلى ضرر فاحش ، فإن هذا الضرر ممنوع ولا بد أن يزال .

والفرق بين الـقانون المدنى والفقـه الإسلامى فى هذه الجزئيـة ، أن القانون المدنى اعتبر حقوق الجوار من ضمن حـقوق الارتفاق ، فاعتبر فتح المطلات ، وحق العلو والسـفل ، وإيجاد فضاء بين الأبنية ، وأحكـام الجدار المشترك بين جارين ، كل هذا اعتبره من حقوق الارتفاق .

ولكن الفقه الإسلامى يفرق بين هذين النوعين من الحقوق ؛ لأن لكل منهما أساسا يقوم عليه يختلف عن الآخر ، فقوام حقوق الارتفاق كونها تكليفا على العقار لمصـلحة العقار المرتفق ، فهـى حق عينى ثابت على الـعقار ، وهو من

---

(١) انظر الـقوانين الفقـهية لابن جزى : ص ٢٩٢ ، منـار السبيل لابـن ضويان : (١/ ٣٤٩)، المغنى : (٤ / ٣٦).

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٩٢ .

نوع الشركة فى العين التى تعلق بها الارتفاق ، فإذا كان لعقار حق الشرب من مجرى يجرى فى عقار آخر ، كان بين صاحبى العقارين شركة فى حق الشرب وكذا إذا كان لـعقارات حق المـرور من طريق كانـت بين الملاك شركـة فى حق المرور ، ولو كـان بعضهـم مالكا لرقـبة الطريق ، والآخـرون لعقاراتـهم حق الارتفاق به .

أما حقوق الجوار فتقـوم على منع الضرر بالجار ضررا بينا فـاحشا فى سبيل انتفاع الشخص بملكه ، فهى فى الواقع تقييد لانتفاع المالك بعقاره بقيد ألا يضر بالجار ، فالفرق بين حق الارتفاق وحـق الجوار ، أن حق الارتفاق حق إيجابى متعلـق بالعقار ، أما حـق الجوار فحق سلبـى ليس إلا منعا لـضرر ، وإماطة للأذى[١].

وقد حددت المادتان (٨١٩ ، ٨٢٠) المسافة بين المطلات[٢] وملك الجار ، فقضت المادة (٨١٩) من القانون المدنى بأنه : «لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر ... ».

وتقـضى المادة (٨٢٠) بأنـه :«لا يجوز أن يكـون للجـار على جاره مـطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سـنتيمترا من حرف المطل ، ولكن يرتفع هذا الحظـر ، إذا كان المطل المنـحرف على العـقار المجاور هو فى الـوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام ».

فالقانون يفرض لفتح مطل سواء أكان مواجها ، أم منحرفا ترك مسافة معينة

---

(١) انظر الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبى زهرة : ص ١٠١ .

(٢) المطلات : هى فـتحات المبانى التـى يمكن النظر مـنها إلى الخارج فى الوضـع المعتاد للإنسان أى واقفا أو جالـسا ، كالنوافذ والشرف والأبواب ، الحقوق العـينية الأصلية للدكتور جميل الشرقاوى : ص ١٠٦ .

بين المطل ، وحدود ملـك الجار ، ولكن المسافة تختلف فـى المطل المواجه عن المطل المنحرف ، كما تختلف طريقة قياسها [١].

وقد نصت المـادة (٨٢١) من القانون المدنى عـلى فتح المناور حـيث قضت بالآتى : « لا تشترط أية مسافة لفتح المناور ، وهى التى تعلو قاعدتها عن قامة الإنسان المـعتادة ، ولا يقـصد بها إلا مـرور الهواء ، ونفـاذ النور ، دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور » .

ومن هذا النص يظـهر أن القانون لا يفرض على فتح المـناور أية قيود ، فلا يستـلزم ترك مسافـة بينهمـا وبين حدود ملك الجـار ، ولكن يجب أن تـتوفر للفتحة مواصفات المنور [٢].

وقد نصت المادة (٨٢٢) من القانون المدنى عـلى المسافة التى يجب أن تكون بين المساكن والمحال المضرة بالجيران ، فقضت بأن : « المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحـال المضرة بالجيران يجب أن تنشأ على المسـافات المبينة فى اللوائح ، وبالشروط التى تفرضها ».

وقد أحالت المادة السابقة إلى القوانـين واللوائح الخاصة بهذه المحال وأهمها القانون رقم ١٣ الـصادر فى ٢٨ أغسطس سنة ١٩١٤ ، وهـو القانون الخاص بالمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة [٣].

والمواد من ٨١٤ إلـى ٨١٨ من القانـون المدنى تتـضمن الأحكـام المتعلـقة بالحائـط الفاصل بين مـلكين ، ونصوص هـذه المواد تنظـم ملكية هـذا الحائط

---

(١) انظر الحقوق العينية الأصلية للدكتور جميل الشرقاوى : ص ١٠٦ .

(٢) انظر الحقوق العينية الأصلية للدكتور جميل الشرقاوى : ص ١٠٨ ، ١٠٩ .

(٣) انظر شرح القانون المدنى الجديد فى الأموال للدكتور شفيق شحاتة : ص ٣٨١ .

وسلطات المالك أو الملاك عليه فى الاستعمال والتصرف [١].

وقد قضت المادة (٨٠٧) من التقنين المدنى على عدم الإضرار بالجار :

« ١ـ على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بالجار » .

« ٢ـ وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذى خصصت له ، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق ».

والنص هنا يعرض لمضار الجوار غير المألوفة ، ويوجب مسئولية المالك عنها[٢]، وبهذا يتفق القانون مع الفقه فى منع الضرر الفاحش عن الجار ، والضرر البين : هو ما يكون سببا لهدم أو سقوط بناء الجار ، أو ما يوهن هذا البناء ، أو ما يؤدى إلى إيذاء الجار ، فإن حدث شىء من ذلك ، فلا بد أن يزال هذا الضرر [٣].

---

(١) راجع فى ذلك الحقوق العينية الأصلية للدكتور جميل الشرقاوى :ص ١٠٠ .

(٢) انظر الوسيط للدكتور السنهورى :(٨ / ٩١٠).

(٣) جاء فى مرشد الحيران : « للمالك أن يتصرف كيف شاء فى خالص ملكه الذى ليس للغير حق فيه فيعلى حائطه ويبنى ما يريده مالم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا» مادة (٥٧) وانظر المواد من (٥٨ إلى ٦٠) من نفس الكتاب .

أقسام الملك بالنظر إلى صورته

ينقسم الملك بالنظر إلى صورته إلى قسمين :

الملك المفرز أو المتميز: وهو الذى يكون الملك فيه متعلقا بشىء معين غير مختلط بغيره ، ويختص به مالك واحد .

وذلك كملكية شخص لدار بأكملها ، أو لطبقة معينة من طبقات دار ذات طبقات ، أو لقطعة أرض محددة ، أو أن يملك إنسان رأسا من الغنم ، أو كتابا ، أو نحو ذلك من الأشياء التى تملك [(١)].

ومقتضى هذا الملك أن يتمكن صاحبه من استعماله واستغلاله والتصرف فيه فى نطاق القيود الشرعية التى قررتها الشريعة .

الملك الشائع أو المشاع: هو الذى يكون متعلقا بجزء غير معين من شىء معين كربع دار ونصف حيوان [(٢)].

قال الشيخ على الخفيف : « الملكية الشائعة هى ما تعلقت بجزء نسبى غير معين من شىء نتيجة اشتراك فيه دون إفراز ،فكان كل جزء فيه مملوكا لأكثر من شخص بنسب معينة ،كسدس ونصف وثلث ، سواء أكان ذلك الجزء صغيرا أم كبيرا ، كملكية شخص لنصف دار أو لربعها ، أو لعشرها ، وباقيها لغيره ، وهذا ما يسميه الفقهاء بالحصة الشائعة فى الشىء المملوك المشترك ، وذلك

---

(١) انظر المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى للدكتور مصطفى شلبى : ص ٣٨٩ ، المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : (١ / ٣٦١)، الملكية فى الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية للشيخ على الخفيف : ص ٨١ ، ٨٢ ، الملكية وضوابطها فى الإسلام للدكتور عبد الحميد البعلى : ١٠٢ ، ١٠٣ .

(٢) انظر المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى للدكتور مصطفى شلبى : ص ٣٨٩ .

لشيوع هذا الجزء النسبى ، وانتشاره فى جميع أجزاء الشىء المملوك المشترك ، مهما تضاءلت ، فكان كل جزء منه مهما صغر غير مختص بأحد من الشركاء، بل تتعلق به ملكياتهم جميعا » [١].

والمشاع نوعان: مشاع يحتمل القسمة وهو : ما يمكن أن ينتفع به بعد القسمة الانتفاع الذى كان مقصودا منه قبل القسمة (عينه أو جنسه) ، كالحصة فى أرض زراعية ، أو دار كبيرة .

ومشاع لا يقبل القسمة : وهو ما لا يمكن أن ينتفع به الانتفاع الذى كان مقصودا منه قبل القسمة ، سواء أكان يمكن الانتفاع به بمنفعة أخرى من غير جنس الأولى أم لا ، وذلك كبيت صغير ، أو حمام ، أو ثوب ، أو دابة ، سواء أكانت مما يؤكل لحمها أم لا [٢].

إذاً فى الملك الشائع يكون كل جزء من المال مهما كان صغيرا مشتركا بين الملاك ، فكل واحد منهم يتعلق ملكه بهذا الجزء ، فإذا كانت دار مشركة بين ثلاثة أشخاص على السواء لكل واحد منهم ثلث ، أى جزء منها خشبا كان أو حديدا ، أو حجرا غير متميز عن الآخر .

وقسمة الملك هذه قسمة واقعية ، مستمدة من وضعها وواقعها فى الخارج ، ولذا لم تكن هذه القسمة محلا لاختلاف النظر فيها ، وكانت محل اتفاق بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى .

وقد عرفت المادة (٨٢٥) من القانون المدنى الملكية الشائعة أو الشيوع بأنه :

(١) الملكية فى الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية : ص ٨١ :٨٢ .

(٢) انظر جامع الفصولين لابن قاضى سماوه الحنفى : (١ / ٨٢) ، المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى : ص ٣٨٩ .

« إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرز حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع ، وتحسب الحصص متساوية، إذا لم يقم دليل على غير ذلك ».

فالملكية الشائعة تعنى تعدد الملاك لشىء واحد ، ولا يتحدد لكل منهم فيه نصيب معين بل يملك كل منهم حصة شائعة فيه يفترض تساويها مع حصص الآخرين ؛ إذ لم يقم دليل على غير ذلك ، فحق كل مالك منهم يماثل حق الآخر ، وهو حق ملكية ، ولكن الشىء الذى ترد عليه حقوق الشركاء فى الملك شىء واحد [١].

والملكية الشائعة هى أحد نوعى الملكية الفردية ؛ لأن الملكية الفردية إما أن تكون ملكية مفرزة ، أو ملكية شائعة [٢].

وبمقتضى نظرية الشيوع يكون كل جزء ، أو ذرة من المال المشترك غير مخصوص بأحد من أصحاب الحصص ، بل تتعلق به ملكياتهم جميعا .

ولذلك عرفت المجلة الحصة الشائعة بأنها : السهم السارى إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك [٣].

ومن الواضح أنه متى قسم المال المشترك بين الشركاء زال الشيوع من الملك ، وأصبحت ملكية كل واحد فى حصته ملكية متميزة .

والملكية الشائعة تختلف إذن عن الملكية المفرزة ، فالملكية المفرزة حق محله شىء محدد يمارس عليه المالك سلطات الحق الثلاث (الاستعمال والاستغلال والتصرف).

---

(١) انظر الحقوق العينية الأصلية للدكتور جميل الشرقاوى : ص ١١١ .

(٢) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى :(٨ / ١٠٥٢) .

(٣) المجلة مادة : (١٣٩) : ص ٦٢ .

أما الملكية الشائعة فهى حق محله حصة لا يطابقها واقع محدد مجسد ، أى حصة معنوية ، أما الشىء فهو محل مجموع الحصص ، فالشىء ليس هو محل حق المالك فى الشيوع ، وإنما هو محل مجموع حقوق الملاك فى الشيوع، وبذلك يكون حق الملاك فى الشيوع عنصرا معنويا مثل جميع الحقوق، وبالإضافة إلى ذلك ، فإن محل حقه هو الآخر عنصر معنوى ، وهذا وجه الفرق بين الملكية الشائعة ، والملكية المفرزة [١].

والملكية الشائعة فى الأعيان المادية هى فى الأصل كالملكية المتميزة المعينة فى قابلية التصرف إلا لمانع [٢].

والملكية الشائعة فى الديون المشتركة وهى متعلقة بالذمم لا تقبل القسمة [٣]، فالشيوع لا يختص بملكية الأعيان ، بل بالديون أيضا ، قد تكون الملكية فيها مشتركة شائعة ، وعندئذ يسمى الدين : دينا مشتركا ، وهو الدين الذى ينشأ لأشخاص متعددين فى ذمة آخر بسبب واحد ، كما لو باع اثنان من آخر بعقد واحد شيئا مشتركا بينهما ، أو أتلف هذا لهما شيئا مشتركا ، فالثمن فى حالة البيع ، وكذا القيمة فى حالة الإتلاف يكون دينا مشتركا لهما فى ذمة الآخر ، أى أن حقوقهما فى ذمته مختلطة اعتبارا كشيوع ملكية أصحاب الحصص فى العين المشتركة [٤].

فالملكية الشائعة فى الديون المشتركة وهى متعلقة بالذمم لا تقبل القسمة ،

---

(١) انظر الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة : ص ٤٠٨ .

(٢) عندما اعتبر بعض الفقهاء أن بعض العقود فى طبيعتها وشرائطها ما يمنع إجراءها على الحصة الشائعة كالرهن ، فإن الرهن يتنافى مع شيوع المرهون كما سنرى .

(٣) انظر المدخل الفقهى العام : (١ / ٢٧٧ ، ٢٨٠).

(٤) انظر المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : (١ / ٢٦٢ ، ٢٦٣).

فإذا قبضت تلك الديون المشتركة تعلقت الملكية عندئذ بعين المقبوض ، فأصبحت ملكية عين لا دين ، فيقسم المقبوض بين أصحاب الحصص الشائعة فيه كما تقسم سائر الأعيان المشتركة القابلة للقسمة .

وعلى هذا لو استوفى أحد شركاء الدين المشترك ما يعادل حصته من المدين لا يختص هو بالمقبوض ، بل يكون لشركائه فى الدين أن يقاسموه ما قبض ، فيأخذ كل منهم حصته منه ؛ إذ لو ساغ أن يستقل الواحد منهم بقبض حصته لوجب أن يعتبر الدين قد قسم وهو فى الذمة ،وتميزت فيه حصص الدائنين ، فلا يكون عندئذ مشتركا ، بينما هو مشترك [١].

وقد نظم القانون المدنى الملكية الشائعة فى المواد من (٨٢٥ إلى ٨٥٠) وسوف نتناول أحكامه فى الفصول التالية .

(١) انظر المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : (١ / ٢٨٠).

أقسام الملك باعتبار صاحبه

ينقسم إلى قسمين: الملكية الخاصة والملكية العامة:

الملكية الخاصة: هى ما كانت لفرد أو لمجموعة من الأفراد على سبيل الاشتراك ، وتخول صاحبها الاستئثار بمنافعها ، والتصرف فى محلها ، وفى حال الكثرة يكون انتفاع كل فرد انتفاعا محدودا ، بما له فيها من حظ معلوم إذا تجاوزه عد معتديا على حق غيره من الشركاء .

فالأشياء قد وجدت فى بدايتها مباحة ، ثم وقع الاستيلاء على ما أمكن حيازته منها ، فصار مملوكا لمن استأثر به من الأفراد ونشأت فيه الملكية الخاصة[١].

فالأملاك الخاصة إذن هى ما دخلت فى الملك الفردى فكانت محجورة عن الكافة ، أى ليست مشاعة بين عموم الناس ولا مباحة لهم لا رقبة ولا منفعة وقد تأكد هذا التميز كما قال أستاذنا الدكتور محمد بلتاجى بين الملكية الخاص والملكية العامة بنصوص متعددة منها قول النبى ﷺ : « أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن مات وعليه دين ولم يترك وفاء فعلينا قضاؤه ومن ترك مالا فلورثته » [٢].

وواضح أن الذى يورث هو الملك الخاص ، أما ديون الأفراد ، فتقضى من

---

(١) انظر الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف : ص ٧٣ ، ص ٧٤ ، المدخل الفقهى العام للأستاذ الزرقاء (٣ / ٢٢١) ، الملكية ، وضوابطها فى الإسلام للدكتور عبد الحميد البعلى : ص ٨٦ .

(٢) صحيح البخارى مع شرح فتح البارى : (١٢ / ١١) كتاب الفرائض باب قول النبى ﷺ من ترك مالا فلأهله .

بيت المال العام الذى كان النبى ﷺ يقوم عليه بحكم ولايته العامة لأمور المسلمين [١].

الملكية العامة: هى ما ليست داخلة فى الملك الفردى ، فهى لمصلحة العموم ومنافعهم أوهى ما كانت لمجموع أفراد الأمة ، أو ما كانت لجماعة من الجماعات التى تتكون منها الأمة بوصف أنها جماعة دون أن يختص أو يستأثر بها أحد [٢].

ويتحدد مجال الملكية العامة ، بأن الأشياء التى لا يمكن أن تحقق المقاصد الشرعية فيها - كما ينبغى - إذا تملكها الأفراد تخرجها الشريعة عن مجال الملك الفردى ، فلا تكون مجالا له أصلا ، بخلاف الأشياء الأخرى التى تتحقق فيها المقاصد الشرعية فى تملك الأفراد لها ، فالأشياء التى لا يمكن أن تحقق منافعها المقصودة منها شرعا إذا تملكها الأفراد ملكية خاصة لا تدخل فى مجال الملك الفردى ، ولكنها تدخل فى مجال الملكية العامة ؛ لأن إدخالها فى مجال الملكيات الخاصة يؤدى إلى نوع من الفساد الاجتماعى بسبب شيوع ظواهر مناقضة لمقاصد الإسلام العامة [٣].

ومن أمثلة الملكية العامة : ملكية المساجد ، والمدارس ، والطرق العامة، ودواوين المصالح العامة والأنهار ، والبحار ، والقلاع والحصون ، والموانى ، والقناطر والجسور ومصادر المواد الطبيعية فى منابعها الأصلية كالأنهار والبحار والغابات والمناجم. . . وما يشابهها فكل ذلك ليس مجالا للملك الفردى؛ لأن

---

(١) انظر الملكية الفردية لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى : ص ١٠٤ .

(٢) انظر الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف : ص ٧٣ إلى ٧٤ .

(٣) انظر الملكية الفردية لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى : ص ١٠٦ إلى ١٠٨ .

استئثار بعض الأفراد بها - بما يحمله ذلك من معانى الاختصاص الحاجز - مانع من تحقيق المقاصد الشرعية المبتغاة منها وهى تخصيصها للمنافع العامة .

لكن لو تغير وصف شيء من هذه الأشياء فخرج عن تخصيصه للمنافع العامة تغيرت المقاصد الشرعية المبتغاة منه ، ومن ثم يمكن أن يصبح مجالا للملك الفردى كالطرق العامة أو المطارات أو القلاع حينما تغير من موضع إلى موضع ، فإن موضعها الذى انتقلت منه يمكن أن يصبح مجالا للملك الخاص إذا وجدت فى ذلك مصلحة معتبرة (١).

والانتفاع بالملكية العامة يكون لجميع أفراد الأمة ، أو لجماعة من الجماعات التى تتكون منها على أن يكون انتفاع الفرد منهم بها غير محدود ، ولكنه يكون قائما على أنه فرد من تلك الجماعة ، دون أن يكون له اختصاص وحظ محدود لا يتجاوزه إلا إذا انتهى انتفاعه إلى وضع يحول دون انتفاع غيره من الأفراد ، فعند ذلك يرد إلى مشاركة غيره فى الانتفاع على قدم المساواة والعدل ، بحيث لا يكون انتفاع أحدهما مانعا من انتفاع الآخر (٢).

وقد نصت المادة (٨٧) من التقنين المدنى على تعريف الملكية العامة حيث قالت : « تعتبر أموالا عامة العقارات ، والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل ، أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص ».

« وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجر عليها أو تملكها بالتقادم».

وقد نصت المادة (٨٨) على كيفية انتهاء تخصيص الشيء للمنفعة العامة

---

(١) انظر السابق : ص ١٠٦ ، المدخل الفقهى العام :(٣ / ٢٢٦) .

(٢) انظر الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف : ص ٧٣ ، ٧٤ .

وتحويله إلى شىء خاص حيث قالت : « تفقد الأموال العامة صفتها العامة بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، وينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص أو بالفعل أو [١] بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة ».

وجاء فى المذكرة الإيضاحية عن المادة السابقة الآتى : « كما أن تخصيص الأموال للمنفعة العامة يكون بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم ، كذلك ينتهى التخصيص للمنفعة العامة بمقتضى قانون أو مرسوم ، أو بانقطاع استعمالها بالفعل: الاستعمال الذى من أجله اعتبرت مخصصة للمنفعة العامة، ومتى فقدت الأموال العامة صفتها بسبب انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة أصبحت من الأموال الخاصة للدولة ، أو للأشخاص المعنوية العامة ، فتعود إلى التعامل، ويجوز التصرف فيها والحجز عليها وتملكها بالتقادم »[٢].

وهذا يبين أنه يمكن أن ينقلب الملك العام إلى خاص ، والملك الخاص إلى عام بإدارة مالكه ، أو جبرا عنه لأجل المصالح العامة التى تحقق النفع للمجتمع[٣].

وقد حددت الفقرة الثانية من المادة (٨٧ مدنى)قواعد الملكية العامة بالآتى :

(أ) عدم جواز التصرف فى الملكية العامة بشكل يتعارض مع التخصيص للمنفعة العامة .

---

(١) قال الدكتور السنهورى : لفظة «أو» السابقة على عبارة انتهاء الغرض إلخ ، زائدة لا محل لها ، ويجب أن تقرأ العبارة الأخيرة من النص على الوجه الآتى :« أو بالفعل بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » واستدل على ذلك بأنها لم ترد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، الوسيط (٨ / ٢٠٥).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية: (١ / ٤٨٤) والتقادم سنتكلم عنه فى أسباب الملكية.

(٣) انظر المدخل الفقهى العام :(٣ / ٢٢٦) .

(ب) عدم جواز الحجـز على الملكية الـعامة ، وهى نتيـجة منطقية وحـتمية لعدم جواز التصرف فيها .

(جـ) عدم جواز تمـلك المال العام بالـتقادم ، وعدم جواز اكتـساب أى حق عليه بهذا الطريق [1].

مما سبق يتضح الآتى:

١ـ أن الملك الخاص يقبل التداول وعقود التمليك ، والأملاك العامة لا تقبل ذلك إلا إذا انقلبت إلى ملك خاص .

٢ـ الحجز القضائى قـانونا لا تقبله الأملاك العامة كأمـلاك الدولة فلا يجوز حجز هذه الأموال لاستيفاء الدين ، أما الأموال الخاصة فيحجز عليها .

٣ـ الملك العـام لا يحق لأحد أن يسامح فـيه من يدخل عليـه ، أو يصالح عنه، أو يبرىء من لـزمه ضمان بإتلاف أو غصب أو غيرهـما من الأسباب ، وهذا يختلف عن الملك الخاص الذى يعود لصـاحبه حق المسامحة فيه بصلح أو بإبراء أو هبة [2].

والإسلام حين أقر المـلكية ، واعترف بحـق المالك فى الانتفاع بمـلكه وحق التصرف فيـه طوال حياته وبعد مماته ، فإنـه يختلف فى نظرته إلى المـلكية عن المذاهب الشـيوعية والرأسمالـية اختلافا كبيـرا ،حيث إن الشيوعيـة لا تعترف بالملكية الخاصة إلا فى الأشياء البسيطة التى يستعملها الإنسان ، كقلمه وملابسه ونظارته ، وهى بذلك تتعارض مع العقل والمنطق ومع غريزة الإنسان التى تميل

---

(١) انظر الملكية الخاصة فى القانون المصرى للدكتور أحمد سلامة :ص ١٥ ،١٦ .

(٢) انظر المدخل الفقهى العام : (٣ / ٢٢٨ ، ٢٢٩).

إلى حب التملك ، كما أنها تتجاهل الحافز الأساسى فى توجيه النشاط الاقتصادى .

وتختلف أيضا نظرة الإسلام للملكية عن النظرة الرأسمالية ، ففى النظام الرأسمالى يكون للمالك السلطان المطلق فيما يملك دون أى قيد عليه، فللمالك الحق فى أن يحتكر ويكتنز ويسرف وما شابه ذلك بخلاف النظام الإسلامى ، فلا يقر الاحتكار والاكتناز والإسراف ؛ لأنه لم يترك الإنسان ليطغى بل جعل له حقوقا وعليه التزامات قبل المجتمع كله ، فهو لم يترك المالك حرا بلا قيود ولم يلغ الملكية ، حتى تصير ملكية المال أقرب ما تكون وظيفة اجتماعية .

فرغم أن الإسلام أباح حرية الملك ،وقرر احترام الملك وحرم الاعتداء عليه، إلا أنه قد تزول الملكية جبرا عن المالك وذلك فى حالة الضرورة ، كما إذا دعت إلى ذلك مصلحة عامة كإنشاء الطرق والمصارف وتوسيع دور العبادة ونحو ذلك ، فإنه فى مثل هذه الحالات يجوز نزع الملكية إذا أبى المالك بيعها.

وإذا كان على المالك دين لآخر وامتنع عن أدائه ففى تلك الحالة يجوز بيع أمواله جبرا عنه ؛ لسداد دينه .

وإذا احتكر شخص أو فئة من الناس الطعام وامتنعوا عن بيعه فإن الحاكم يبيعه جبرا عن صاحبه [1].

وقد نصت المادة (٨٠٥ مدنى) على ذلك : « لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون أو بالطريقة التى يرسمها ، ويكون

---

(١) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ٥٢٢) ، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للدكتور محمد فهمى السرجانى ص ٤١ : ٤٢ ، بدائع الصنائع : (٥ / ١٢٩).

ذلك فى مقابل تعويض عادل »[١].

وجاء فى المذكرة التوضيحية بيان ذلك حيث قالت :

١ـ لا يحرم المالك من ملكه إلا فى حالة نص عليها القانون كما هو الأمر فى نزع الملكية للمنفعة العامة ،وكما هو الأمر أيضا فى حق المرور وحق الشرب ، وحق المجرى وحق المسيل [٢].

٢ـ وبالطريقة التى رسمها القانون ، أى بعد اتباع الإجراءات التى وضعت لضمان الحقوق المشروعة مثل ذلك إجراءات نزع الملكية .

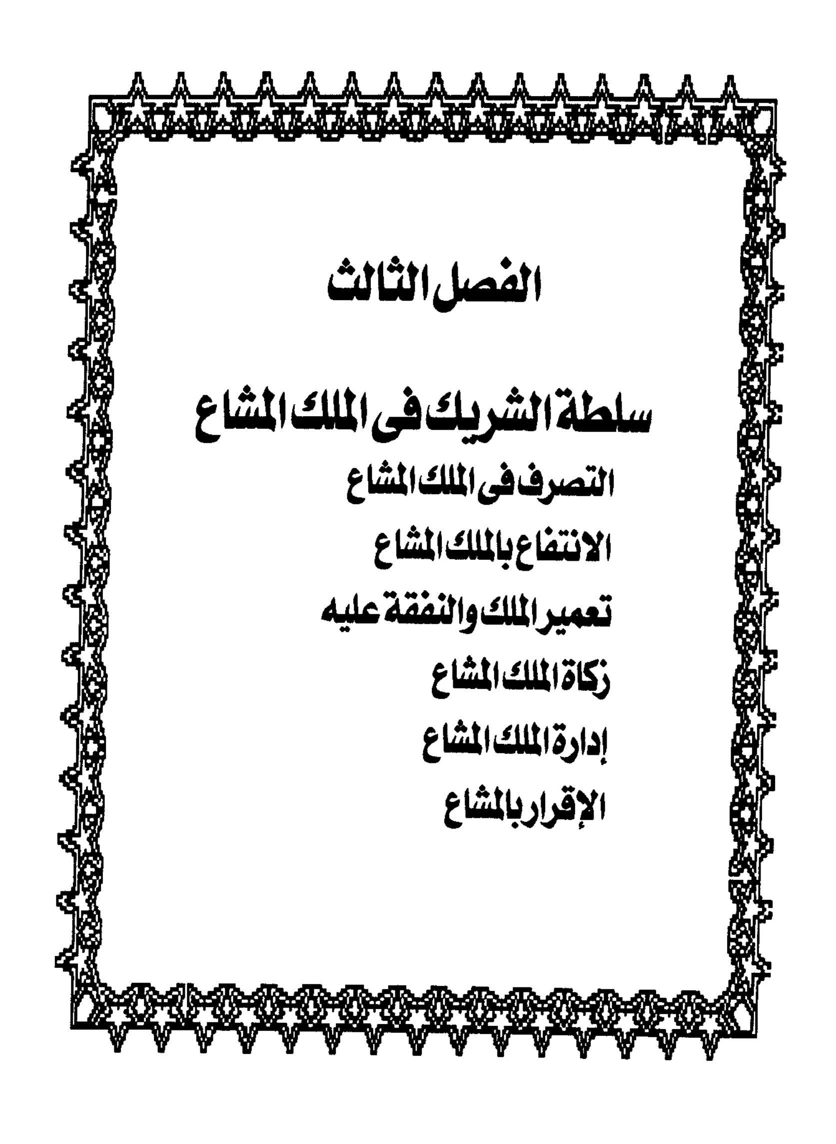
٣ـ وبعد دفع تعويض عادل للمالك يستولى عليه مقدما قبل أن يتخلى عن ملكه ، ويرسم القانون إجراءات تكفل للمالك تقدير هذا التعويض العادل فيما إذا اختلف فى تقديره مع نازع الملكية [٣].

---

(١) كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ .

(٢) سبق بيان ذلك .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية : (٦ / ٢٤).



الفصل الثالث

سلطة الشريك فى الملك المشاع

التصرف فى الملك المشاع

الانتفاع بالملك المشاع

تعمير الملك والنفقة عليه

زكاة الملك المشاع

إدارة الملك المشاع

الإقرار بالمشاع

التصرف فى الملك المشاع

إن لتصرفات الشركاء فى الأعيان المشتركة جملة أحكام :

* منها أن كل واحد من الشركاء يعتبر كأنه أجنبى فى التصرفات المضرة بحصة شريكه فليس له أن يتصرف فيها تصرفا يضر بها إلا بإذن صاحبها ؛ لأنه لا ملك له فيها ولا ولاية له عليها من أى طريق آخر ، والمسوغ للتصرف إنما هو الملك أو الولاية ، فإن تصرف بدون إذنه كان تصرفه موقوفا على الإجازة نفذ وإلا بطل (١).

ولو كان التصرف بالبيع وسلم المبيع للمشترى فهلك فى يده كان لشريكه الحق فى أن يضمن شريكه أو المشترى ، فإن ضمن الشريك اعتبر هذا التضمين إجازة للعقد ، وأخذ منه ثمن حصته ، وإن ضمن المشترى اعتبر فسخا ورجع على البائع بما ضمن (٢).

وقد أشارت إلى هذا المادة (١٠٧٥) من مجلة الأحكام العدلية حيث قالت: «كل شريك من الشركاء فى شركة الملك أجنبى فى حصة الآخر بدون إذنه ....، وأحد الشريكين فى البرذون (يطلق على غير العربى من الخيل) إذا أعاره أو آجره بدون إذن الآخر وتلف فى يد المستعير أو المستأجر فلهذا الآخر أن يضمنه حصته ، كذلك إذا ركب أحدهما البرذون المشترك أو حمله بلا إذن يضمن

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ٦٥) ، ورد المحتار :(٣ / ٣٤٣) ، ومنلامسكين على الكنز :(٢ / ٤٨٩)، وكتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية للشيخ أحمد أبى الفتوح ص ٤٧٧ ، ٤٧٨ ، والمختصر منه : ص ١٤٠ ، ١٤١ ،الشركات فى الفقه الإسلامى للشيخ على الخفيف : ص ٧ .

(٢) انظر الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف الكويتية : (٢٦ / ٢٣) ، كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية : ص ٤٧٧ ، ٤٧٨ .

حصة الآخر ، وكذا إذا استعمله مدة فهزل ، ونـقصت قيمته ، يضمن نقصان قيمة حصته . . . » (١).

* ومنها أنه يجوز لكل واحد من الشركاء فى الشيوع أن يتصرف فى حصته بدون إذن شريكه بسائر التصرفات الشرعية التى لا يترتب عليها ضرر لشريكه، سواء كان التصرف لشريكه أم لغيره ؛ لقدرتـه على التسليم فى كلتا الحالتين ، فإن كان فـى التصرف ضرر فلا يـجوز بدون إذن الشريك ؛ لأن الـضرر يزال شرعا (٢).

وعلى هذا جاءت المـادة (١٢) من مرشد الحيران تقول : « إذا كـانت العين مشتركة بـين اثنين أو أكثر ، فلكل واحـد من الشركاء حق الانتفـاع بحصته ، والتصرف فيها تصـرفا لا يضر بالشريك ، وله استغلالها وبيـعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير إذن الشريك ».

إذن فلكل شـريك من الشركاء فى الشـيوع التصرف فى المال المـشترك بما لا يضر الآخرين (٣).

وإذا اتفق الشركاء علـى طريقة الانتفاع بالمال المشترك انتفـعوا به على الوجه المتفق عليه ، وإن لم يـتفقوا وطلب واحد منهم أو أكثر القسـمة ، قسم بينهم متى كان محتملا للقسمة ، ويجبر الآبى عليها إذا كان المشترك متحد الجنس مما

(١) مجلة الأحكام العدلية : ص ٥٥٥ .

(٢) انظر الـدر المختار : (٣ / ٣٤٣) ، الشـركات للشـيخ على الخـفيف : ص ٨١٧ ، كتاب المعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد إبراهيم : ص ٣١ .

(٣) وقد فصلنـا القول فى القسم الثانى فـى الحديث عن بيع المشاع وإجارته وهـبته ووقفه ورهنه وإعـارته ووديعته ،وانظـر المجموع : (١٤ / ٤٢) ، ومرشد الحيـران لمحمد قدرى باشا : ص ٥ .

لا تتفاوت آحاده تفـاوتا فاحشا ، سواء أكان من المثليـات كالحبوب والزيوت ، أم من القـيميات كـالغنم والأفـراس والأرض الزراعية والـدور الكبيـرة ، فإذا اختلفت الأجناس وكانت القسمة تعطـى كل شريك جنسا بتمامه كما فى الدور المختلفة الموقع والصقع والبناء والثياب المختلفة الأنواع، فلا يجبر الآبى عليها.

وفى حالة عدم القسمة ؛ لعدم إمكانها أو عـدم الجبر عليها يحكم بالانتفاع بالمال المشترك بطريق المهايأة الزمانية أو المكانية [١].

* ومنها أنه إذا كان الشيوع بسبـب الخلط والاختلاط فلا يخلو الحال من أن يكون تصرف المـالك فى حصته لشريـكه أو لأجنبى ، فإن كان لشـريكه صح لقدرته على التـسليم ، وإن كان لأجنبى فلا يجوز إلا بإذن شـريكه ، وعللوا ذلك بـأن الخلط والاخـتلاط لا يتـرتب علـيهمـا الاشتراك فـى كل حبـة من المخلوط، بل كل حبة مملوكة بجميع أجزائها لواحد من الشريكين وهو صاحبها الأصلى، فلو باع نصيبه لأجنبى فلا يقدر عـلى تسليمه إلا مخلوطا بملك غيره والتصرف فى ملك الغير بلا إذنه يكون موقوفا على الإجازة ، فإن أجازه نفذ، وإلا بطل [٢].

قال الشيخ أحمد أبو الفتوح : « ولكى يتـيسر لكل واحد منهما أن يتصرف فى نصيبه بدون توقف على إذن الآخر ، يجب أن يبيع كل منهما نصف حصته بنصف حـصة الآخر حتى تحصل شركـة ملك فى كل حبة مـن المخلوط ، ثم

---

(١) انظر رد المحـتار : (٥ / ١٦٦) وما بعدهـا ، المدخل فى التعـريف بالفقـه الإسلامى للدكتور محمد مصطفى شلبى : ص ٣٩ ، وقد فصلنا القول فى قسمة المال الشائع ، فى هذا الموضوع .

(٢) انظر الدر المختار ورد المحتار :(٣/٣٤٣ ، ٣٤٦)، المادة (٧٣٧) من مرشد الحيران ، والمادة (١٠٣٢) من القانون المدنى الأردنى وهو مأخوذ من الشريعة الإسلامية .

يتصرف فى نصيبه بعد ذلك ، بدون استئذان شريكه »[١].

وقد نصت المادة (٨٢٦) من القانون المدنى على الآتى :[٢]

« ١- كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء.

٢- وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة ، وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق فى إبطال التصرف ».

فالملكية الشائعة كالملكية المفرزة تتضمن عناصرها الثلاثة وهى الاستعمال والاستغلال والتصرف ، إلا أن الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين ، فالمالك فى الشيوع له أن يستعمل حقه وأن يستغله بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء ، أما حقه فى التصرف فهو كحق المالك ملكية مفرزة ، على أن يقع تصرفه على حصته الشائعة ، فيستطيع أن يبيع هذه الحصة ، وأن يهبها أو يرهنها ، أما إذا وقع التصرف على جزء مفرز من المال الشائع كما إذا باع مالك الحصة الشائعة جزءا مفرزا ، أو رهنها فيكون البيع أو الرهن صحيحا إذا وقعت الحصة عند القسمة فى نصيب المالك الذى صدر منه التصرف ، فإذا لم يقع فى نصيبه ينتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف

---

(١) كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية : ص ٤٧٧ ، ٤٧٨ .

(٢) كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ :ص ١٩٩ .

إلى الجزء الذى آل بالقسمة إلى المتصرف ، أو يكون هذا التصرف الذى صدر من المتصرف من غير مالك ويأخذ حكمه [١].

وقد أباح القانون أيضا لأغلبية الشركاء التصرف فى المال الشائع جميعه إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية ، فقد جاء فى المادة (٨٣٢) أن : « للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء ، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلام ، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا »[٢].

والمقصود بالأغلبية فى المادة السابقة من يملكون ثلاثة أرباع المال ، وهذه الأغلبية أعطاها المشرع حق التصرف فى المال الشائع كله إذا استندت إلى أسباب قوية ، والسبب القوى عنصر يختص قاضى الموضوع بتقديره ، قد يتمثل فى فرصة متاحة ولا يحتمل تكرارها وقد يكون السبب القوى هو شدة الاختلاف بين الشركاء بحيث يصعب استغلال المال ، وإذا استندت هذه الأغلبية إلى هذا السبب القوى ، فعليها قبل إبرامه إعلام الأقلية بقرارها ، وللأقلية حق الاعتراض على التصرف خلال شهرين من تاريخ الإعلام ، ويكون اعتراضها بدعوى أمام المحكمة المختصة [٣].

والمحكمة المختصة تراقب وجود السبب القوى للتصرف، فإن هى اقتنعت به

---

(١) سوف نتحدث عن هذه التصرفات فى القسم الثانى فى البيع والإجارة والإعارة...إلخ.

(٢) كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ :ص ٢٠٠ .

(٣) انظر الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة : ص ٢٤٣ .

بحثت إمكان إجراء قسمة المال الشائع عينا بغير إضرار بالملاك ، فإن وجدت أن القسمة ممكنة أمرت بها حتى تتفادى إجبار الأقلية على الخضوع للأغلبية ، أما إن وجدت أن القسمة ضارة بالشركاء، أو بالمال كما لو كان من شأنها إنقاص قيمة المال، أو تدهور إنتاجيته، فإنها تقر تصرف الأغلبية وبالتالى يكون للأغلبية إبرامه كتصرف صحيح ملزم للجميع بما فيهم الأقلية المعترضة (١).

إذن يكون للمحكمة حق قبول اعتراض الأقلية ، إن هى قدرت انعدام السبب القوى أو عدم كفايته ، ولها من ناحية أخرى رفض الاعتراض والموافقة على التصرف إن ثبت لديها وجود السبب القوى ، وثبت لها أيضا أن قسمة المال ضارة به ، وبالشركاء فى مجموعهم (٢).

وبهذا يكون التصرف فى المال الشائع من حق الشركاء جميعا ، ومن حق الأغلبية إذا استندت إلى سبب قوى، ووافقت المحكمة على ذلك رغم اعتراض الأقلية ، ومن حق الشريك منفردا على حصته ،أو على حصة مفرزة .

وفى هذا يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى أن المالك على الشيوع له أن يتصرف فى ملكه كتصرف المالك ملكية مفرزة بشرط أن يقع تصرفه على حصته الشائعة ، وله أن يستعمل ماله ويستغله ، دون أن يلحق ضررا بشركائه ؛ لأن من مقاصد الشريعة رفع الضرر وكذلك القانون .

الانتفاع بالمال الشائع

ينتفع الشركاء بالأعيان المشتركة بنسبة أنصبائهم فيها ، فيجوز لكل شريك أن يسكن فى الدار المشتركة بقدر حصته ، ويزرع من الأرض بهذا القدر ،وكما

---

(١) انظر الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة : ص ٤٢٣ ، ٤٣٤ .

(٢) انظر السابق .

يجوز لـه أن ينتفع بنـفسه - يجوز له أن يمـلك المنفعـة لغيره بعوض أو بـغير عوض، بشرط ألا يكون فى شىء من ذلك ضرر لبقية الشركاء [١].

وإذا انتفـع أحد الشركين بكـل العين المشتـركة دون الشريك الآخر اتـبع ما يأتى:

إذا كان المنتفع شريـكا لوقف أو ليتيم وجب عليه أجرة نصـيب كل منها فى جميع المدة التى انتفع بها ،ولو كان ناظر الوقف، ووصى اليتيم حاضرين [٢].

إذا كان شريك المنتفـع مالكا رشيدا وكان حاضرا وقت انتفـاع شريكه بالعين المشتركة فـليس له أن يطالبه بأجـرة المدة الماضية ولا أن يطلب الانتـفاع بالعين المشتـركة بقدر ما انتـفع شريكه ؛ لأن المهـايأة لا تكون إلا بعد الخـصومة ،أو بعقد بين الشريكين ولم يحصل شىء من ذلك ، وإنما له أن يطلب قسمة الدار إن كانت قابلة للقـسمة أو يتهايأها مع شريكه ؛ لأنه بسـكوت الشريك الحاضر فى المدة التى انتفع فيها شريكه يـعتبر راضيا بهذا الانتفاع دلالة ؛ ولأن الأعيان المشتركة تجعل فى حق الانتفاع كأنها مملوكة بتمامها لكل واحد من الشريكين أو الشركاء وهذا ما يسمونه الانتفاع بتأويل ملك ؛ إذ لو لم تجعل كذلك لا يجوز لواحد منهـم أن ينتفع بها ؛ لأن كل جزء مشـترك بين الجميع ،فتتعـطل منافع الملك وذلك غير جائز [٣].

---

(١) المادة (١٠٧١ ، ١٠٧٣) من مجلة الأحـكام العدلية ، كتاب المعامـلات فى الشريعة الإسلامية : ص٤٧٩ ،كتاب المعاملات الشرعية المالية :ص ٢١٢ ،٢١٣ .

(٢) شرح المادة (١٠٨٣) من مجلة الأحكام العدلية لسليم بن رستم باز .

(٣) انظر : كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية : ص ٤٧٩ ، كتاب المعاملات الشرعية المالية :ص ٢١٢ ،٢١٣ ، المادة (١٠٨٣) من مجلة الأحكام الـعدلية وشرحها لسليم ابن رستم باز .

وإنما الذى يـجوز - كما سبق - لغيـر المنتفـع هو أن يطلـب قسمة الـعين المشتـركة قسمة إفراز إن كـانت قابلة لـلقسمة ، وإلا فـله الانتفاع مع شـريكه بالمهايأة المكانية ، أو الزمانية فى المستقبل بحكم القاضى أو بالتراضى (١).

وإذا كان شريك المنتفع مالكا رشيدا ولـكنه كان غائبا فلا يخلو الحال من أن يكون الانتفاع يضـر بالعين المشتركة أو لا يضر بها فإن كان يـضرّ بها فلا يجوز له الانتفـاع سواء كانت العين دارا أم مزرعـة أم غيرها ، فإذا فعل كـان غاصبا فعليه ضمان نقصانها (٢).

وعليه إذا أراد الانتفاع بنصيبه أن يطلـب من القاضى إقامة وكيل عن الغائب ليقاسمه قسمة إفراز إن أمكن ، وإلا فمهايأة ، وللقاضى أن يكلف هذا الوكيل أو غيره باسـتثمار حصة الغـائب والمحافظة علـيها بأجر أو بغيـر أجر إلى حين حضوره ، أو أن يزرع مقدار حصته (٣).

وإن كان لا يـضر بها بـأن كانت سـكنى الـدار وزراعة الأرض واستعـمال المنقولات تفـيدها ولا تنقصها كان له أن يـنتفع بها كلها ، وليـس لشريكه إذا حضر أن يـطلب منـه أجرة حصته ولا أن يـنتفع بـالعين كلهـا بقدر ما انـتفع شريكه؛ لأنه انتفع بتأويل ملك وبلا ضرر على أحد ، وقيل له ذلك (٤).

ولا يجوز للحاضر أن يسكن فى حصـة الغائب فى الدار المشتركة إذا كانت

---

(١) انظر المادة (١٠٧٢) من المجلة السابقة وشرحها .

(٢) انظر الدر المختار ورد المحتار : (٣ / ٣٤٦ ، ٣٤٧)، وكتاب المعاملات الشرعية المالية ص ٢١٣ ، والمادة (١٠٨٥) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها .

(٣) المادة (١٠٨٥)من مجلة الأحكام العدلية وشرحها .

(٤) انظر كتاب المعاملات الشرعية المالية: ص ٢١٣، المادة (١٠٨٣، ١٠٨٥) من المجلة.

الحصص مفرزة ومقسومة ، لكن إذا خيف خرابها من عدم السكنى فالحاكم يؤجر هذه الحصة المفرزة ، ويحفظ أجرتها للغائب (١).

ومن جميع الأحوال السابقة ،فإن حصة أحد الشريكين فى حكم الوديعة فى يد الآخر فإذا أودع أحدهما المال المشترك بدون إذن فتلف يكون ضامنا حصة شريكه (٢).

وأما كيفية الانتفاع بالملك الشائع فى القانون فيتبع فيه القانون ما ذكر فى أحكام الشريعة ، أى أن كل شريك له أن ينتفع بنصيبه بسائر الانتفاعات الشرعية بشرط عدم الضرر بالغير ،وله أن يملك المنفعة لغيره بعوض وبغير عوض ، وهذا ما نصت عليه المادة (٨٢٦) من القانون المدنى .

وقد بينت المادة (٨٥٧ / ١) من ملكية الطبقات كيفية الانتفاع بالأجزاء المشتركة الشائعة « كل مالك فى سبيل الانتفاع بالجزء الذى يملكه فى الدار حر فى أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له ، على ألا يحول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم ».

تعمير الملك المشاع والنفقة عليه:

إن عمارة الملك المشترك ، وإصلاح ما يطرأ عليه من الوهن والاختلال على جميع الشركاء بنسبة أنصبائهم ، فإن اتفقوا على العمارة والإصلاح بالإشتراك فيها ، وجب على كل شريك أن يدفع للأجير الذى يقوم بالعمارة والإصلاح

---

(١) انظر المادة (١٠٨٢) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها .

(٢) انظر المادة (١٠٨٧) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها ، والمادة (١٨١٠) من مجلة الأحكام الشرعية ، والمهذب :(١ / ٣٤٧).

ما يخصه من المصاريف ، أو يدفعه لمن يلتزم من الشركاء بمباشرة العمارة [١].

وقد أشارت مجلة الأحكام العدلية إلى هذا فقد جاء فى المادة (١٣٠٨) : «الملك المشترك متى احتاج إلى التعمير والترميم يعمره أصحابه بالإشتراك على قدر حصصهم » .

وفى المادة (١٣٠٩) « إذا عمر أحد الشريكين الملك المشترك بإذن الآخر وصرف من ماله قدرا معروفا ، فله الرجوع بحصة شريكه ، يعنى : يأخذ من شريكه مقدر ما أصاب حصته من المصرف ».

«وإذا احتاج الملك المشترك إلى التعمير وأحد الشريكين غائب وأراد الحاضر العمارة كان عليه أن يستأذن الحاكم ، ويصير إذن الحاكم قائما مقام إذن الغائب صاحب الحصة ، يعنى تعمير صاحب الحصة الحاضر الملك المشترك بإذن الحاكم فى حكم أخذه الإذن من شريكه الغائب فيرجع عليه بحصته من المصرف »[٢].

« أما إذا تصرف الشريك الحاضر فى الملك المشترك بالعمارة بدون إذن من الشريك ، أو من الحاكم يكون متبرعا ، ولا رجوع له على الشريك الغائب بشىء » [٣].

---

(١) انظر مرشد الحيران مادة (٧٤٧)، مجلة الأحكام الشرعية مادة (١٨١٥)، وانظر كشاف القناع : (٦ / ٣٧٤)، كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية :ص ٤٨٠ ، ٤٨١ ، ٤٨٢ ،كتاب المعاملات الشرعية المالية :ص ٢١٣ ، ٢١٤ ، المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى : ص ٤٠٢ .

(٢) انظر المادة (١٣١٠) من مجلة الأحكام العدلية ، وكتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية : ص ٤٨٠، ٤٨٢ .

(٣) انظر المادة (١٣١١) من مجلة الأحكام العدلية ، كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية :ص٤٨٠،٤٨٢ .

والمال إما أن يكون قابلا للقسمة ، أو غير قابل لها :

ففى القابل للقسمة : كالدار الفسيحة والحوانيت المعدة للاستغلال والحيوانات المتعددة ، لا إجبار على الممتنع ، ولكن يقسم المال لكى يقوم بإصلاح ماله ، والانفاق عليه من شاء ، اللهم إلا أن يكون الممتنع على خلاف المصلحة وصيا أو ناظر وقف (كما فى دار مشتركة بين وقفين مثلا) فإنه يجبر؛ لأن تصرفه منوط بالمصلحة.

فإذا طلب أحد الشريكين تعمير الملك المشترك القابل للقسمة ، وكان شريكه ممتنعا ، وعمره بدون إذنه يكون متبرعا ، ولا يرجع على شريكه بحصته ؛ لأنه إذا كان الملك المشترك قابلا للقسمة ، فيمكن لطالب التعمير أن يرفع الأمر إلى القاضى ، ويطلب القسمة ، فإذا عمر بدون إذن شريكه فلا يكون مضطرا إلى العمارة ، فيعد متبرعا بخلاف غير القابل للقسمة .

وإن كان الشريك الذى يريد التعمير قد راجع الحاكم عند امتناع شريكه ، لا يجبر الشريك الممتنع على التعمير ، ولكن يجبر على القسمة ، فلو انهدم حائط مشترك بين اثنين ، فأراد أحدهما أن يبنيه ، وأبى الآخر ، فلو كان موضع الحائط عريضا يمكن لكل واحد منهما أن يبنى حائطا فى نصيبه بعد القسمة لا يجبر الآبى على البناء[1].

وإن كان المال المشترك غير قابل للقسمة كالطاحون والحمام والنفقة على دابة

---

(١) انظر الدر المختار ورد المحتار : (٣ / ٣٦٥ ، ٣٦٦) ، والمادة (١٣١٢) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لسليم بن رستم باز ، والمادة (٧٥٠) من مرشد الحيران ، كتاب المعاملات الشرعية المالية : ص ٢١٣ ، ٢١٤ ، كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية: ص ٤٨٠ ، ٤٨٢ ، ومختصر كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية : ص١٤٢ ، الموسوعة الفقهية الكويتية :(٢٦ / ٢٥ ، ٢٦).

واحدة وآلة الرى والسفينة ، وطلب أحد الشريكين التعمير يجبر الشريك الآخر على المشاركة فى النفقة ؛ لأن امتناعه مفوت لحق شريكه فى الانتفاع بماله ، وربما يتضرر الشريك من عدم المشاركة فى الإصلاح والترميم ، فإن أبى الشريك ، يصرف من يريد التعمير قدرا معروفا بإذن الحاكم ، ويعمره ، ويكون مقدار ما أصاب حصة شريكه من المصاريف التعميرية دينا له عليه ، وله أن يستوفى دينه هذا من أجرته بإيجار ذلك الملك المشترك .

وإن عمر من غير إذن الحاكم فلا ينظر إلى مقدار ما صرف ، ولكن له أن يستوفى المقدار الذى أصاب حصة شريكه من قيمة البناء وقت التعمير [١].

ويوافق المالكية الحنفية فيما قالوه ويزيدون : أن الشريك إذا أصر على الامتناع، فإن القاضى يبيع عليه حصته كلها لمن يقوم بالنفقة اللازمة ، أو بقدر ما يحصل به التعمير .

قال الدرديرى : « ويقضى على شريك فى شىء لا ينقسم بين الشركاء كحمام ، وفرن ، وحانوت ، وبرج ، وطاحون حصل به خلل وأراد البعض أن يعمر وأبى الآخر أن يعمر الآن مع من أراد التعمير ، أو يبيع لمن يعمر معه يقضى عليه بالبيع إن امتنع من التعمير ، فيأمره الحاكم أولا بالتعمير بلا حكم، فإن امتنع قال له : إن لم تعمر حكمنا عليك بالبيع ، فإن استمر على الامتناع حكم عليه بالبيع ، ولو كانت حصته يزيد ثمنها على التعمير ، وقيل : يحكم عليه ببيع قدر ما يحصل به التعمير ؛ لأن البيع الجبرى إنما أبيح للضرورة

(١) انظر الدر المختار ورد المحتار : (٣ / ٣٦٥ ، ٣٦٦) ، المادة (١٣١٣) من مجلة الأحكام العدلية ، والموسوعة الفقهية الكويتية :(٢٦ / ٢٦) والمراجع السابقة .

فيقتصر على قدرها ، وقيل إن كان غنيا جبره بالتعمير ، وإلا جبره على البيع»[١].

ويرى أيضا المالكية أنه لا إجبار على الشريك إذا امتنع عن الإصلاح الذى ليس فيه نفع محقق ، وقد مثلوه بإصلاح العيون والآبار ، ورأوا أن يقوم بالإصلاح الشريك الذى يريده ، ثم يحول بين الشريك الممتنع وبين كمية الماء الزائدة التى نتجت من عملية الإصلاح إلى أن يستوفى منه ما يخصه من النفقات [٢].

وحكم الحيوان كحكم ما سبق [٣].

وذهب الشافعية والحنابلة فى نفقة الحيوان المشترك إلى نحو ماتقدم عن الحنفية والمالكية.

أما فى غير الحيوان ، فلكل من الشافعى وأحمد قولان : قول بإجبار الشريك على التعمير والإنفاق مع شريكه دفعا للضرر وصيانة للأملاك عن التعطيل ، والقول الآخر : بعدم الإجبار ؛ لأن الممتنع يتضرر بالنفقة أيضا ، والضرر لا يزال بالضرر ، مع أنه قد يكون له عذر ، أو وجهة نظر ، وقال ابن قدامة عنه : إنه أقوى دليلا[٤].

ومن الشافعية من جمع بين القولين ، بأن الأمر يوكل إلى القاضى فإن لم ير من الشريك الممتنع إلا العناد أجبره ، وإلا فلا [٥].

---

(١) انظر الشرح الصغير : (٣/ ١٩٢- ١٩٣) ، والشرح الكبير وحاشية الدسوقى : (٣/ ٣٦٤).

(٢) السابق .

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية : (٢٦ / ٢٦ ، ٢٧).

(٤) انظر مغنى المحتاج :(٢ / ١٩٠) ، المغنى (٥ / ٤٥ ، ٤٩ ، ٥٠).

(٥) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ١٩٠).

والشريك الذى يستقل بالإنفاق على المشترك دون إذن شريكه ودون إذن من القاضى لا يستحق الرجوع على شريكه بشىء مما أنفق عند الشافعية ؛ لأنه متبرع حتى فى موضع الإجبار على المشاركة قياسا على الذى يقضى دين غيره، بغير إذنه ، وهو كذلك عند الحنابلة إلا فى حالة الإجبار على المشاركة إذا أنفق الشريك بقصد الرجوع على شريكه بناء على إحدى الروايتين عندهم فى الذى يقضى دين غيره بغير إذنه أعنى رواية استحقاقه الرجوع [١].

وقد جاء فى المادة (٨٣١) من التقنين المدنى على أن « نفقات إدارة المال الشائع ، وحفظه ، والضرائب المفروضة عليه ، وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع ، أو المقررة على المال ، يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » .

فإذا قام بهذا أحد الشركاء فإنه يستطيع أن يرجع على شركائه كل بنسبة حصته فى المال الشائع ، ويلاحظ أن التزام الشريك برد نصيبه فى هذه المصروفات هو التزام مرتبط بالشىء . وقد ذهب فقهاء القانون إلى أن التزامه هذا يسقط إذا تخلى عن نصيبه فى الشىء المشترك ، وأنه ينتقل إلى من يكون قد اشترى هذا النصيب ، وهذه هى خصائص الالتزامات العينية [٢].

وأيضا فإن لكل شريك فى المال الشائع أن يحفظ المال الشائع، ويحافظ عليه

---

(١) انظر المغنى : (٥ / ٤٧ ، ٨٨)، الموسوعة الفقهية للكويت : (٢٦ / ٢٨) ، مغنى المحتاج :(٢ / ٢١٠).

(٢) انظر شرح القانون المدنى الجديد فى الأموال ، القسم الأول ، النظرية العامة للحق العينى للدكتور شفيق شحاتة : ص ١٧٠ .

وله أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لذلك : كالترميم ، ورفع دعاوى الحيازة، وبهذا قضت المادة (٨٣٠) من التقنين المدنى بأن : « لكل شريك فى الشيوع الحق فى أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشىء ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء ».

وينبنى على هذه المادة أن أعمال الصيانة التى تقتضيها المحافظة على الشىء المملوك على الشيوع تكون من حق كل شريك أيا كان ، وهو إذا قام بها يكون نائبا قانونيا عن باقى الشركاء بقدر حصصهم ، ولذلك فإنه يستطيع أن يرجع بما صرفه على شركائه كل بقدر حصته ، كما نصت المادة (٨٣١) وهذه النيابة يبررها تعدد الروابط مع وحدة المحل [1].

ونحن نرى أنه لابد من موافقة الشركاء على هذه الأعمال ، إلا إذا كان الشركاء متعنتين فى ذلك ، والمشترك يؤول إلى السقوط مثلا لو ترك ، فعلى ذلك يقوم أحد الشركاء بذلك ولو من غير موافقة طالما أن فى ذلك محافظة على الملك المشترك .

وقد اعتبرت المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى أن هذا الشريك يعتبر فضوليا: « والشريك فى هذا فضولى يتصرف فى حدود قواعد الفضالة إذا لم يوافق الشركاء الآخرون على عمله » [2].

وقد ذهب الدكتور شفيق شحاتة إلى أنه ليس فضوليا حيث قال : « ونرى أنه ليس هناك ما يدعو إلى اعتباره كذلك بعد أن أجاز له القانون صراحة القيام

---

(١) انظر شرح القانون المدنى الجديد فى الأموال ، القسم الأول ، النظرية العامة للحق العينى للدكتور شفيق شحاتة : ص ١٧٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية :(٦ / ٩٥).

بأعمال الحفظ ، فجعله نائبا عن شركائه فى تلك الأعمال نيابة قانونية ، وهو لا يعتبر فضوليا قطعا فيما لو اعترض الشركاء على قيامه بأعمال الحفظ [١].

ولانرى أنه فضولى ، وخاصة إذا كان المشترك يحتاج إلى وسائل الحفظ فعلا ، وإذا لم يقم بالحفظ وقع الضرر .

وقد نصت المادة (٨٥٨ من التقنين المدنى) فى ملكية الطبقات أن على الملاك أن يشتركوا فى نفقات الملك فقالت :

«١- على كل مالك أن يشترك فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة ، وصيانتها ، وإدارتها ، وتجديدها ، ويكون نصيبه من هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك ».

«٢- ولا يحق لمالك أن يتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك فى التكاليف متقدمة الذكر ».

وعلى الأجزاء الشائعة فى ملكية الطبقات نصت المادة (٨٥٧ / ٢ مدنى) على الآتى : « ولا يجوز إحداث أى تعديل فى الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك حتى عند تجديد البناء إلا إذا كان التعديل الذى يقوم به أحد الملاك على نفقته الخاصة ، من شأنه أن يسهل استعمال تلك الأجزاء دون أن يغير من تخصيصها أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين ».

زكاة المشاع :

« ذهب الجمهور إلى : أنه إذا ملك اثنان فأكثر من أهل الزكاة نصاب مال

---

(١) مجموعة القانون المدنى فى الأموال : ص ١٩٨ والهامش .

مما تجب فيه الزكاة ملكا مشاعا كأن ورثاه ، أو اشترياه زكياه كرجل واحد على خلاف بينهم فى بعض الشروط التى لابد من توافرها ليتحقق ذلك التأثير ، ومع الخلاف أيضا فى الأموال التى تؤثر الخلطة فيها على ما سيأتى »[١].

أولا : نبين رأى الحنفية وهو مخالف لرأى الجمهور ، فقد ذهب الحنفية إلى أنه لا يتأثر وجوب الزكاة عندهم بالخلطة أى الشركة ؛ لأن ملك كل واحد دون النصاب ، كما لو لم يختلط بغيره ، فإذا اختلطا فى نصابين ، بأن كان كل واحد يملك أربعين ، مثلا من الغنم ، وجبت على كل واحد منهما شاة للحديث النبوى : « فى أربعين شاة شاة »[٢].

قال الحنفية :[٣] إذا كانت السوائم مشتركة ، فيعتبر فى حال الشركة ما يعتبر فى حال الانفراد ، وهو كمال النصاب فى حق كل واحد منهما ، فإن كان نصيب كل واحد منهما يبلغ نصابا تجب الزكاة وإلا فلا .

واحتجوا بقول النبى ﷺ : « ليس فى سائمة المرء المسلم إذا كانت أقل من أربعين صدقة »[٤] فنفى وجوب الزكاة فى أقل من أربعين مطلقا عن حال الشركة والانفراد ، فدل أن كمال النصاب فى حق كل واحد منهما شرط لوجوب الزكاة .

وأما الحديث الذى يحتج به الجمهور - الشافعية بخاصة - والذى رواه

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية : (٢٦ / ٢٩٠) وسيأتى بيان ذلك .

(٢) سنن الترمذى : (٣ / ١٧) كتاب الزكاة باب ما جاء فى زكاة الإبل والغنم .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٢ / ٢٩).

(٤) صحيح البخارى مع فتح البارى : (٣ / ٣٧١ ، ٣٧٢) كتاب الزكاة باب زكاة الغنم.

البخارى من حديث أنس - رضى الله عنه - : « ولا يجمع بين متفرق ، ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية » [١].

قال ابن الهمام : [٢] لنا هذا الحديث ؛ إذ المراد الجمع والتفريق فى الأملاك لا فى الأمكنة ، ألا ترى أن النصاب المفرق فى أمكنة ، مع وحدة الملك تجب فيه ، ومن ملك ثمانين شاة ليس للساعى أن يجعلها نصابين بأن يفرقها فى مكانين فمعنى : « لا يفرق بين مجتمع » أنه لا يفرق الساعى بين الثمانين مثلا أو المائة والعشرين ليجعلهما نصابين وثلاثة : « ولا يجمع بين متفرق » لا يجمع مثلا بين الأربعين المتفرقة بالملك بأن تكون مشتركة ليجعلها نصابا ، والحال أن لكل منهما عشرين ، وقوله : « وما كان بين خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية » . أراد به إذا كان بين رجلين إحدى وستون مثلا من الإبل ، لأحدهما ست وثلاثون وللآخر خمس وعشرون ، فأخذ المصدق منها بنت لبون وبنت مخاض فإن كل واحد يرجع إلى شريكه بحصة ما أخذه الساعى من ملكه زكاة شريكه » .

وما قاله ابن الهمام قاله الكاسانى مع توضيح : أن المراد من الحديث التفرق فى الملك لا فى المكان ؛ لإجماعنا على أن النصاب الواحد إذا كان فى مكانين تجب الزكاة فيه، فكان المراد منه التفرق فى الملك ، ومعناه إذا كان الملك متفرقا لا يجمع فيجعل كأنه واحد لأجل الصدقة ، كخمس من الإبل بين اثنين أو ثلاثين من البقر ، أو أربعين من الغنم حال عليهما الحول ، وأراد المصدق أن

---

(١) صحيح البخارى مع فتح البارى : (٣ / ٣٦٨ ، ٣٦٩) كتاب الزكاة باب لا يجمع بين متفرق وباب ما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية .

(٢) انظر فتح القدير : (٢ / ١٧٤ ، ١٧٥).

يأخذ منـهما الصدقة ويجـمع بين الملكين ، ويجعـلهما كملك واحـد ليس له ذلك، وكثمانين مـن الغنم بين اثنين حال علـيهما الحول أنه يجب فـيها شاتان على كل واحد منهـما شاة ، ولو أرادا أن يجمعا بين الملكين فيجـعلاهما ملكا واحدا خشية الـصدقة ، فيعطيا المـصدق شاة واحدة ليس لهمـا ذلك ؛ لتفرق ملكيهما فلا يملكان الجمع لأجل الزكاة .

وقوله : « ولا يفـرق بين مجتمع » أى فـى الملك : كرجل له ثـمانون من الغنم فى مرعيين مختلفـين ، أنه يجب عليه شاة واحدة ، ولو أراد المصدق أن يفرق المجتمـع فيجعلها كأنها لـرجلين ، فيأخذ منها شاتـين ، ليس له ذلك ؛ لأن الملك مجـتمع فلا يملك تـفريقة ، وكذا لو كـان له أربعون من الغـنم فى مرعيين مختلفين تجب عليه الزكاة ؛ لأن الملك مجتمع فلا يجعل كالمتفرقين فى الملك خشية الصدقة » [1].

وما ذكر فى السوائـم المشتركة ، فهو أيضا فى الـذهب ، والفضة ، وأموال التجارة ، وذكـر الطحاوى [2] الزروع كذلك وهـذا محمول على مـذهب أبى يوسف ومـحمد ؛ لأن النصاب عـندهما شرط لـوجوب العشر وذلك خـمسة أوسق [3].

وأما على مذهب أبى حنيفة فلا يستقيم ؛ لأن النصاب ليس بشرط لوجوب العشر ، بل يجب فى القليل والكثير .

---

(١) انظر بدائع الصنائع :(٢ / ٢٩ ، ٣٠) .

(٢) انظر أحمد بن محمـد سلامة بن سلمة : سلمة الطحاوى ، أبو جعـفر ، فقيه حنفى ولد فى صعيد مصر ٢٣٩ هـ وتوفى بالقاهرة ٣٢١هـ الأعلام :(١ / ٢٠٦) .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٢ / ٣٠).

وإذا حضر المصدق بعد تمام الحول على المال المشترك بينهما ، فإنه يأخذ الصدقة منه إذا وجد فيه واجبا على الاختلاف ، ولا ينتظر القسمة ؛ لأن اشتراكهما على علمهما يوجب الزكاة فى المال المشترك ، وإن المصدق لا يتميز له المال ، فيكون إذن من كل واحد منهما بأخذ الزكاة من ماله دلالة [1] .

وقال الجمهور : للخلطة فى الماشية تأثير فى الزكاة ، فيزكى الخليطان زكاة المالك الواحد إلا أن المالكية قالوا : إن اجتمع نصاب من مجموع حصة كليهما فلا زكاة عليهما ، والخلطة إنما تؤثر إذا كان لكل واحد من الشركاء نصاب وذلك على النحو التالى [2].

قال المالكية :[3] « وخلطاء الماشية المتحدة النوع : كمالك واحد ، أى : حكمهما ، أو حكمهم حكم المالك الواحد فى الزكاة ، كثلاثة لكل واحد أربعون من الغنم ، فعليهم شاة واحدة ، على كل ثلثها ، فالخلطة أثرت بالتخفيف ، ولو كانوا متفرقين لكان على كل شاة ، وكاثنين لكل واحد منهما ست وثلاثون من الإبل فعليهما جذعة ، على كل نصفها ، فلو كانا متفرقين لكان على كل بنت لبون فأوجبت الخلطة التغير فى السن »[4] .

وقد توجب الخلطة التشقيل : كاثنين لكل منهما مائة من الغنم وشاة ، فعليهما ثلاث شياة ، ولولا الخلطة لكان على كل منهما شاة واحدة ، فالخلطة أوجبت الثالثة .

---

(١) انظر بدائع الصنائع :(٢ / ٣٠).

(٢) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٢ / ٨٤٨).

(٣) انظر الشرح الصغير :(١ / ٢٢٨)، القوانين الفقهية : (٩٦ ، ٩٧) ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى :(١ / ٤٣٩ ، ٤٤٠).

(٤) والجذعة : من الإبل : ما دخلت فى السنة الخامسة ، بنت لبون : التى دخلت فى السنة الثالثة .

ولا تؤثر الخلطة إلا إذا كان لكل واحد من الخليطين مقدار النصاب لو انفرد بنفسه ، فإن اجتمع نصاب من مجموع الحصتين فلا زكاة عليهما ، وإن لم يكمل من مجموعهما نصاب فلا زكاة عليهما إجماعا ، وإن كان لأحدهما نصاب وللآخر أقل من نصاب فيزكى صاحب النصاب وحده زكاة المنفرد .

والاختلاط المؤثر يكون بتوافر شروط أربعة :

أولها : عدم نية الفرار من الزكاة بالاشتراك .

ثانيها : أن تكون ماشية كل واحد من الخليطين مما يضم بعضه إلى بعض .

ثالثها : أن يكون كل واحد من الشريكين مخاطبا شرعا بالزكاة ، بأن يكون حرا مسلما ملك نصابا تم حوله ، فإن كان أحدهما تجب عليه الزكاة فقط ، والآخر كافرا مثلا ، وجبت على الأول وحده حيث توفرت الشروط ، وإن حال الحول على ماشية أحدهما دون الآخر ،زكى الأول زكاة المنفرد .

رابعها : أن يتم الاختلاط فى الرعى والفحل والدلو والمسرح والمبيت ، بأن يكون لهما راع واحد أو أكثر ، فيشتركان فى الرعى أو يتعاونان ولو لم يحتج لهما ، ويتم التلقيح بفحل واحد بإذنهما ، وتشرب من ماء واحد مملوك لهما، أو لأحدهما ، ولا يمنع الآخر ، وتسرح معا ، وتبيت معا ، إلا أنه إذا تعدد المسرح أو المبيت ، بشرط الحاجة فلا يضر [(١)].

وإذا أخذت الزكاة من أحد الخليطين رجع على صاحبه بقيمة ما ينوبه ، ولا تأثير للخلطة فى غير المواشى [(٢)] .

---

(١) انظر مصادر المالكية السابقة نفس الصفحات ، وانظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٢ / ٨٤٨ ، ٨٤٩).

(٢) القوانين الفقهية : ص ٩٧ .

وقال الشافعية والحنابلة [1] : إن الخلطة أو الشركة قد تكون فى المواشى أو فى غيرها من الأموال :

فإذا كانت الخلطة فى المواشى : بأن اشترك أهل الزكاة فى ماشية فلها تأثير فى الزكاة إيجابا ، وإسقاطا وتشديدا ، وتخفيفا ، فتصير الأموال كالمال الواحد، للحديث السابق : « لا يجمع بين متفرق ، ولا يفرق بين مجتمع...» نهى المالك عن التفريق ، وعن الجمع خشية وجوب الزكاة أو كثرتها ، ونهى الساعى عنها خشية سقوطها أو قلتها .

والخلطة الجائزة المؤثرة عندهما نوعان : خلطة شيوع ، أو أعيان ، وخلطة مجاورة ، أو أوصاف .

أما خلطة الأعيان أوالشيوع : فهى أن تكون الماشية مشتركة بينهما لكل واحد منهما نصيب مشاع ، مثل أن يرثا نصابا أو يشترياه ، أو بوهب لهما فيبقياه بحاله [2].

فإذا حدث أن اشترك أهل الزكاة فى ماشية من جنس واحد ، بإرث ، أو شراء ، أو هبة ، أو غيره وهى نصاب ، أو أقل ، ولأحدهما نصاب فأكثر وداما على ذلك أو كانت الماشية مشتركة بينهما لكل واحد منهما منها نصيب مشاع - زكيا كرجل واحد .

---

(١) انظر المهذب : (١ / ١٥٠ ، ١٥١) ، مغنى المحتاج : (٢ / ٣٧٦ ، ٣٧٧) ، كفاية الأخبار : (١ / ١١٢) ، كشاف القناع :(٢ / ١٩٦ ، ١٨٧ ، ١٩٨) ، المغنى : (٢ / ٤٨١ ، ٤٨٢) .

(٢) انظر المغنى : (٢ / ٤٨١) ، كشاف القناع :(٢ / ١٩٧) ،مغنى المحتاج : (٢ / ٣٧٦).

وأما خلـطة المجاورة أو الأوصاف : فـهى أن يكون مـال كل واحد منـهما متميزا ، بصفة أو صفات ، فخلطاه ، واشتركا فى الأوصاف التى نذكرها بعد قليل ،سواء تساويا فى الحصة ، أم اختـلفا ، مثل أن يكون لرجل شاة ولآخر تسعة وثلاثون ، أو يـكون لأربعين رجلا أربعون شاة لكل واحـد منهم شاة ، كل هذا يزكى كأنه لرجل واحد » (١).

ولا يشترط عندهما خلافا للمالكـية أن تكون حصة كل منهم قبل الاشتراك نصابا ، ولا تشترط نية الخلطة ؛لأن خفـة المؤنة على الشركاء باتحاد المواقف لا تختلف بالقـصد وعدمه ؛ لأن المقصود بالخلطة من الارتفـاق يحصل بدونها ؛ ولأن النية لاتؤثر فـى الخلطة ، فلا تؤثر فى حكمهـا ، وإنما اشترط الاتحاد فى الأمور التى سـنذكرها ؛ ليجـتمع المالان كالمال الـواحد : ولتخف المؤنـة على المحسن بالزكاة (٢).

وهذه الشركة قد تفيدهما تخفيفا : كالاشتراك فى ثمانين على السواء ، ولو انفردا ، أخرج كل واحد منهما شاة ، أو تثقيلا : كالاشتراك فى أربعين ؛ لأنه يلزمهما شاة ، ولو انـفردا لا يلزمهما شىء لنقص النصاب ، أو تـخفيفا على أحدهما ، وتثـقيلا على الآخر ، كأن ملـكا ستين لأحدهما ثلـثاها ، وللآخر ثلثها ؛ لأن عليهما شاة ، على أحدهما ثلثاها وعلى الآخر الثلث الباقى ، ولو انفردا دفع أحدهما شـاة ولم يدفع الآخر شيئا ؛ لنقص نصـابه ، وقد لا تفيد تخفيفا ولا تثقيلا كمائتين على السواء (٣).

---

(١) انظر المصادر السابقة .

(٢) انظر مغنى المحتاج :(٢ / ٣٧٧)، كشاف القناع :(٢ / ١٩٦ ،١٩٨).

(٣) مغنى المحتاج :(٢ / ٣٧٦) ،كشاف القناع :(٢ / ١٩٧).

وتجب الزكاة فى مال الشركة كما تجب فى مال الرجل الواحد بشروط [١].

١- أن يكون الشريكان من أهل وجوب الزكاة ؛ لأن الزكاة لا تجب إلا على الحر المسلم تام الملك ، فلو كان أحد المالين موقوفا ، أو لذمى ، أو مكاتب أولبيت المال لم تؤثر الخلطة شيئا ، بل يعتبر نصيب من هو من أهل الزكاة إن بلغ نصابا زكاة زكاة المال المنفرد ، وإلا فلا زكاة .

٢- كون مجموع المالين نصابا فأكثر ، أو أقل ولأحدهما نصاب فأكثر ، فلو ملك كل منهما عشرين من الغنم فخلطا تسعة عشر بمثلها وتركا شاتين منفردتين فلا خلط ، ولا زكاة ؛ لأن الزكاة لا تجب إلا على مال قد بلغ النصاب.

٣- أن يمضى على الخلطة سنة إذا كان المال حوليا ، وإلا زكى كل منهما على انفراد بحسب مضى حوله ، فإن كان لرجل أربعون شاة ومضى عليها بعض الحول ، ثم باع بعضها مشاعا ، انقطع حول البائع فيما لم يبع ، ويستأنفان حولا جديدا من حين البيع .

٤- ألا يتميز مال أحدهما عن الآخر فى ستة أوصاف : المسرح - الموضع الذى تجتمع فيه ثم تساق إلى المرعى - ، والمبيت - المراح - والمشرب - مكان الشرب - المحلب - موضع الحلب - والفحل ، والراعى ؛ لأنه إذا تميز مال أحدهما عن مال الآخر بشىء مما ذكر لم يصر كمال واحد ، والقصد بالخلطة (الشركة) : أن يصير المالان كمال واحد ؛ لتخف المؤنة (النفقة) ،ويجوز تعدد الرعاة بشرط ألا تنفرد هذه عن هذه براع .

---

(١) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ٣٧٦ ، ٣٧٧) ، المهذب : (١ / ١٥١)، المغنى :(٢ / ٤٨٢ ،٤٨٣وما بعدها) ،كشاف القناع :(٢ / ١٩٧ ،١٩٩) وما بعدها .

والأصل فى هذه الشروط الحديث السابق : « لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة ، وما كان من خليطين ، فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية » ؛ ولأن المالين صارا كمال واحد فى المؤن ، فوجب أن تكون زكاته زكاة المال الواحد ، ويؤيد ذلك ما رواه الدارقطنى : «والخليطان ما اجتمعا على الفحل والرعى والحوض»[1]. فنص على هذه الثلاثة ونبه على ما سواها [2].

وأما الخلطة فى غير المواشى :

فذهب الحنابلة إلى أنهم إذا اشتركوا فى غير السائمة ، كالذهب والفضة وعروض التجارة ، والزروع ، والثمار لم تؤثر خلطتهم شيئا ، وكان حكمهم حكم المنفردين ، وهذا قول أكثر أهل العلم .

وعن أحمد رواية أخرى : أن شركة الأعيان تؤثر فى غير الماشية ، فإذا كان بينهم نصاب يشتركون فيه فعليهم الزكاة والمذهب الأول .

وأما خلطة الأوصاف فلا مدخل لها فى غير الماشية بحال ؛ لأن الاختلاط لا يحصل [3].

قال ابن قدامة : فدل على أن مالم يوجد فيه ذلك لا يكون خلطة مؤثرة ؛ لقول النبى ﷺ : « والخليطان ما اشتركا فى الحوض والفحل والراعى » [4]. فدل على أن ما لم يوجد فيه ذلك لا يكون خلطة مؤثرة وقول النبى ﷺ : «لا

(١) سنن الدارقطنى : (٢ / ١٠٤) كتاب الزكاة باب تفسير الخليطين وما جاء من الزكاة على الخليطين ، ولفظ الحديث عنده :« والخليطان ما اجتمعا على الحوض والراعى والفحل » .

(٢) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٢ / ٨٥٢).

(٣) انظر المغنى :(٢ / ٤٩٠ ، ٤٩١) .

(٤) انظر التخريج السابق ، لكن فى هذا الحديث « الراعى » .

يجمع بين متفرق خشية الصدقة » إنما يكون فى الماشية ؛ لأن الزكاة تقل بجمعها تارة ، وتكثر أخرى ، وسائر الأموال تجب فيها فيما زاد على النصاب بحسابه فلا أثر لجمعهما ؛ ولأن الخلطة فى الماشية تؤثر فى النفع تارة ، وفى الضر أخرى ، ولو اعتبرناها فى غير الماشية أثرت ضررا محضا برب المال فلا يجوز اعتبارها »(١) .

إذا ثبت هذا ، فإن كان لجماعة وقف أو حائط مشترك بينهم فيه ثمرة أو زرع فلا زكاة عليهم إلا أن يحصل فى يد بعضهم نصاب كامل فيجب عليه ، وعلى الرواية الأخرى إذا كان الخارج نصابا ففيه الزكاة (٢).

وذهب الشافعية فى الجديد إلى تأثير الخلطة فى غير المواشى ؛ لعموم حديث : « لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة » ؛ ولأنه مال تجب فيه الزكاة فأثرت الخلطة فى زكاتها : كالماشية ولأن المالين كالمال الواحد فى المؤن (التكاليف) .

وتؤثر خلطة الجوار فى المزارعة بشرط ألا يتميز الناطور - حافظ الزرع والشجر ،والجرين - موضع تجفيف الثمار - والبيدر - موضع تصفية الحنطة .

وتؤثر الخلطة فى التجارة : بشرط ألا يتميز الدكان - الحانوت - كالميزان والوزان والنقاد ، والمنادى ، والحراث ، وجذاذ النخل ، والكيال ، والجمال ، والمتعهد ، والملقح ، والحصاد ، وما يسقى به لهما ، فإذا كان لكل منهما نخيل أو زرع مجاور لنخيل الآخر ، أو لزراعة ، أو لكل واحد كيس فيه نقد فى صندوق واحد ، وأمتعة تجارة فى مخزن واحد ، ولم يتميز أحدهما عن

---

(١) المغنى : (٢ / ٤٩١) .

(٢) انظر السابق : (٢ / ٤٩١).

الآخر بشيء مما سبق ثبتت الخلطة ؛ لأن المالين يصيران بذلك كالمال الواحد كما دلت عليه السنة فى الماشية [١].

والأقرب إلى الصواب فى نظرى هو ما ذهب إليه الحنفية ؛ لأنه الأقرب للعدل ، فمن وجبت عليه الزكاة وبلغت أمواله النصاب أدى ما عليه من زكاة، وأما الآخر الذى لم تجب عليه الزكاة فإن الشارع أمره بأن يتصدق وحثه على ذلك .

ولا يتصور كذلك أن الذى لا تبلغ أمواله نصابا ، ولا زكاة عليه ، ولم يفرض الشارع عليه شيئا أنه إذا خلط أمواله بأموال غيره وجبت عليه الزكاة .

وأيضا فإن المالكية والحنابلة ذهبوا إلى أنه لا تأثير للخلطة فى غير الماشية ، فإنه إذا كان لا تأثير لها فى غير الماشية عندهم فلنجعلها لا تؤثر فى الكل قياسا على غير الماشية ؛ ليتحقق العدل .

إلا إذا كان هناك مجموعة من الإخوة تركهم أبوهم يزرعون أرضا مشاعة ، أو لهم ماشية مشتركة من ميراث، أو غيره، وهم يعيشون معا فى أسرة واحدة فأرى : أنهم يخرجون الزكاة إذا لم يتميز نصيب كل منهم ، وبلغ ما يملكون نصابا ، وليس لمجرد الخلطة ، وهذه هى خلطة الشيوع عند الشافعية : كأن تكون الماشية مشتركة بينهما لكل واحد نصيب مشاع ، مثل أن يرثا نصابا ، أو يشترياه ، أو يوهب لهما فيبقياه بحاله ، وإن تاجرا فيه فكذلك .

وإذا اعتبرنا أن الزكاة من ضمن النفقات ، أو الضرائب التى تؤخذ على الملك الشائع، فقد نصت المادة (٨٣١) على الآتى :« نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة

---

(١) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ٣٧٧ ، ٣٧٨) .

على المال يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » .

ومع أن الزكاة غير النفقات والضرائب ، لكن لو كان مال أحدهما تجب فيه الزكاة ، فيخرج من مال من بلغ النصاب بقدر ماله فى حال الخلطة ، وإذا كان مال الاثنين ، أو المجموع قد بلغ النصاب ، فتخرج الزكاة من ماليهما ، أو مالهم إذا لم يكن المال أو الملك قد قسم وهو على الشيوع كما ذكرنا منذ قليل، ولم يتميز نصيب كل منهم وهم يزرعون أو يتاجرون ، أو يعملون بالرعى .

إدارة الملك (أو المال) المشاع:

إن الإسلام لا يمنع فى إدارة الملك أى تشريع تنظيمى ، أو تنظيم إدارى يقصد به حماية مصالح الملك ، وما دام هذا التشريع ، أو التنظيم لا يتعارض مع نص من كتاب ، أو سنة فهو من شرع الإسلام استنادا إلى القاعدة التى تقول : «حيثما تكون المصلحة فثم شرع الله » (١).

وكما أن الأصل فى إدارة الشركة أن تكون لجميع الشركاء (٢).

فإن إدارة الملك الشائع أيضا تكون لجميع الشركاء ، وكما يجوز أن يتفق فى عقد الشركة على إنابة أحد الشركاء - فى تمثيل الشركة وإدارة أعمالها (٣).

يجوز فى الملك الشائع إنابة أحد الشركاء على إدارة هذا الملك ، وأيضا فإنه كما يجوز تعيين مدير للشركة من الشركاء أو من غيرهم بأجر أو بغير أجر ، فإنه يجوز كذلك فى الملك المشترك ، فإن الإسلام لا يمنع ذلك طالما أن كل هذا يقصد به حماية مصالح الملك ، ولا يتعارض مع نص من كتاب أو سنة ، أو عرف صحيح ، وإذا تعين مدير للملك الشائع ، تعينت له الصلاحيات التى يتولاها فى إدارة الملك ، واعتبر وكيلا عن بقية الشركاء (٤).

وينبغى أن تراعى قواعد الوكالة فيما يتعلق بالمدير والتزاماته .

وبالنسبة لإدارة الشيء المملوك على الشيوع ، فإن نصوص القانون تفرق بين

---

(١) انظر الشركات فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى للدكتور عبد العزيز الخياط : ص ٢٤٧ .

(٢) السابق : ص ٢٤٩ .

(٣) انظر مادة (١٣٨٢) من مجلة الأحكام العدلية .

(٤) انظر الشركات فى الشريعة الإسلامية للدكتور عبد العزيز الخياط :ص ٢٤٩ .

أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة .

ويقصد بأعمال الإدارة المعتادة : هى كل الأعمال والتصرفات اللازمة لاستغلال الشىء فيما أعد له بطبيعته ، والحصول على ثماره ، والمحافظة عليه وصيانته ، ودفع ما من شأنه يؤدى إلى هلاكه كليا أو جزئيا ، أو نقص منفعته أو زوالها [١].

إذن المراد بالإدارة المعتادة : هى استخدام الشىء فيما أعد له ، بالاستغلال والحفظ والصيانة ، وليس بتحويله إلى شىء آخر فالمألوف بالنسبة للأرض الزراعية هو زراعتها ، وغير المألوف تحويلها إلى أرض بناء ، وقد نصت المادتان (٨٢٧)، (٨٢٨) من التقنين المدنى على الإدارة المعتادة .

وأما أعمال الإدارة فى الأصل فتكون من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك ، مادة (٨٢٧) [٢].

وإذا لم يتفق الشركاء مجتمعين على رأى معين بالنسبة إلى عمل من أعمال الإدارة فإن ما يستقر عليه رأى الأغلبية يكون ملزما للجميع ، والأغلبية هنا تحسب على أساس قيمة الأنصباء ، (مادة ٨٢٨ / ١) ولا تشترط هنا أغلبية خاصة كما فى الأعمال التى ترمى إلى تغييرات أساسية ، وكما فى التصرف الوارد على العين [٣].

وللأغلبية كذلك أن تختار مديرا وإن لم ترض بذلك الأقلية ، كما لها أن

---

(١) انظر الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة : ص ٤١٢ .

(٢) تمتاز ملكية الأسرة فى إدارتها بأن أغلبية الشركاء (على أساس قيمة الأنصباء) يعينون مديرا من بينهم ، ولهذا المدير سلطة أوسع من سلطة المدير فى المال الشائع ، انظر مجموعة الأعمال التحضيرية : (٦ / ١٥٣) .

(٣) انظر شرح القانون المدنى الجديد فى الأموال للدكتور شفيق شحاته : ٦٩ .

تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا ، سواء أكان الخلف عاما أم خاصا ، (المادة ٨٢٨ / ٢) .

ويجوز لأحد الملاك (ولو كانت حصته لا تمثل أغلبية المال) أن يقوم بأعمال الإدارة المعتادة ، فى حالة تفويضه من جانب مجموع الملاك أو أغلبيتهم ، أو بإدارته دون اعتراض من جانب الباقين ، ويكون بذلك وكيلا عنهم (المادة ٨٢٨ / ٣) .

وعند اختلاف الملاك ، وعدم توافر رأى جماعى ، أو اتفاق ملاك أغلبية الأنصباء ، أو تعسف هذه الأغلبية ، أو اغتصاب الأقلية للسلطة والقيام بالإدارة رغم اعتراض الأغلبية ، فى أى من هذه الأحوال تتدخل المحكمة بناء على طلب أحد من الملاك ، والمحكمة حينئذ تقرر ماتراه مناسبا لاستمرار استغلال المال، وإنتاجه لثماره، ولها أن تعين حارسا قضائيا من بين الملاك، أو من الغير ، ولها أن تضع لهذا الاستغلال نظاما ملزما للجميع ، ولها أن تقرر قسمة المال مهايأة بين الملاك ولها أخيرا الإجراءات اللازمة لقسمة المال نهائيا[1].

إذن تكون إدارة المال الشائع إدارة عادية من حق مجموع الملاك ، أو لأغلبيتهم على حسب الأنصبة، أو لأحدهم بإذنهم، أو بسكوتهم، أو بتدخل المحكمة بطلب أحدهم ، ونص المادتين للإدارة المعتادة على النحو الآتى :

ففى المادة (٨٢٧) : « تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » .

وفى المادة (٨٢٨/ ١):« ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء، فإن

---

(١) انظر الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة : ص ٤١٦ ، ٤١٧ .

لم تكن ثـمة أغلبية فـللمحكمـة بناء على طلـب أحد الشركاء أن تتـخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ،ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع».

وفى المادة (٨٢٨ / ٢) : « وللأغلبية أيضا أن تـختار مديرا ، كما أن لها أن تضع للإدارة ؛ ولحسن الانتـفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حـتى على خلفاء الشركاء ، سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا » .

وفى المادة (٨٢٨ / ٣) : « وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم » .

أما الإدارة غير المعتادة : « فهى التغييرات الأساسية ، والتعديل فى الغرض الذى أعد له الشىء فكل شىء بوضعه القائم له استعمال مألوف ، وهو مألوف إما بحكم طبيعته ، أو بحكم ما جرى عليه المجتمع ، فالغرض المألوف لعمارة مقسمـة إلى شقق : هو تأجيـرها للغير بـقصد السكن ، وغيـر المألوف : هو تحويلها إلى فندق أو مكاتب أو ملهى » [1].

وقد نصـت المادة (٨٢٩) من التقنـين المدنى على هذه الإدارة ، وعـلى من يقوم بها على النحو التالى :

«١- للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التـغييرات الأساسية ، والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتـادة ، على أن يعلنوا قرارتهم إلى باقى الشركاء ، ولمن خالف من هؤلاء حـق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان ».

---

(١) انظـر الوسيط لـلدكتـور السنـهورى : (٨ / ١١٠٢ ، ١١٠٣) ، الحقوق الـعينـية للدكتور نعمان جمعة :ص ٤١٧ ، ٤١٨ .

«٢ - وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرر مع هـذا ما تراه مناسبـا من التدابير ، ولـها بوجه خاص أن تأمـر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات » .

يؤخذ من المـادة السابقة أنه لو قام جـميع الملاك بأعمال الإدارة غيـر المعتادة تعد هذه الأعمال صحيحة ، ونافذة ، وملزمة لكل الملاك .

وإذا لم يقم بها جميع الملاك ، وقام بها أغلبيتهم - وهم الذين يملكون ثلاثة أرباع المال - ومن حـقهم أن يقرروا أعمال الإدارة غـير المتعادة على أن يـعلنوا قراراتهم إلى باقى الملاك .

وإذا وافق باقى الملاك على قرار الأغلبية تصبح قرارات الأغلبية ملزمة لهم ، وإذا لم يوافقـوا فلهم - للأقلـية - حق الالتجاء إلـى القضاء للاعتـراض على أعمال هذه الإدارة التى قررتها الأغلبية ، ويكون هذا الاعتراض خلال شهرين من تـاريخ الإعلان بقـرار الأغلبـية ، وإلا سقـط حقهم ، وحـق الأقليـة فى الاعتراض ليس مقيدا بوجود غش ، أو تعسف من جانب الأغلبية ، ولكنه قد يبنى على الملاءمة ، وعلى مدى سلامة ، وواقعية قرار الأغلبية .

وللمحكمة أن تنظر الاعتراض المقدم من الأقلية ،ولها أن تقره وترفض قرار الأغلبـية ، وتلزم الأغـلبية بـعدم تنفـيذه ، ولها مـن ناحية أخـرى أن ترفض الاعتراض وتقر قـرار الأغلبية ، وتسمح لهـا بتنفيذ أعمال الإدارة غـير المعتادة المقترحة .

غير أن رفض المحكمة لاعتراض الأقليـة لا يحصن قرار وتصرف الأغلبية ، ولا يجعله بمنأى عن المساءلة ، فلو تبين فـيما بعد عدم سلامة تصرف الأغلبية كان للأقلية أن تطالب بتعويض عن الأضرار المترتبة على هذا التصرف ، ولهذا

تلتزم المحكمة عندما ترفض اعتراض الأقلية ، أن تحكم لصالح الأقلية بتدابير واحتياطات تحفظ لهم حقوقهم ، أو تحكم لهم بتأمينات خاصة شخصية ، أو عينية لضمان الحصول على ما يمكن أن يحكم به من تعويض إن كان له محل.

وقد يقوم بهذه الأعمال الشريك المنفرد ، أو من له أقل من ثلاثة أرباع المال إن كان مفوضا صراحة ، أو ضمناً من جانب مجموع الملاك فى الشيوع ، فمن ينوب عن المجموع يكون له نفس سلطاته [1].

وهذه الأحكام والتنظيمات تتوافق المقاصد والمصالح التى جاءت بها الشريعة، بل وتتفق معها ؛ لأن الغرض منها هو حماية المال الشائع ، وخاصة فقد أشارت المذكرة التوضيحية وهى تتحدث عن المادة (٨٢٧) الخاصة بإدارة المال الشائع فى القانون المدنى المصرى إلى ما يقابلها من الشريعة الإسلامية فى المواد (١٠٧٥) ، (١٠٨٤) ،(١٠٨٧) من مجلة الأحكام العدلية وقد أشارت المذكرة التوضحية للقانون المدنى الأردنى [2] أيضا وهى تتحدث عن إدارة المال الشائع فى المادة (١٠٣٣) إلى أنه يستأنس لذلك بما ورد فى المادة (١٠٨٤) من مجلة الأحكام العدلية .

قال الأستاذ مصطفى الزرقاء : « ونحن لا نأبى الاقتباس فإن الحكمة ضالة المؤمن ،ولكننا أثرياء فى المادة ، وإنما نحن بحاجة إلى اقتباس الأساليب الحديثة فى البحث الفقهى ، وترتيبه ، وإلى بعض الأحكام التى نظمتها التشريعات للأوضاع الحقوقية ، والاقتصادية الحديثة على أن نخرجها على قواعد فقهنا

---

(١) راجع الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة : ص ٤١٨ ، ٤٢٠ .

(٢) ذكرنا هذا القانون المدنى الأردنى ؛ لأن مواده مأخوذة من الشريعة الإسلامية .

تخريجا يقيمها على أصوله ، ويدمجها فيه ، كما كان يفعل فقهاؤنا الأعاظم تجاه الأوضاع والحوادث الجديدة التى كانوا يواجهونها » [1].

ونص المواد السابقة على النحو التالى :

نصت المادة (١٠٧٥) من المجلة أن : « كل من الشركاء فى شركة الملك أجنبى فى حصة الآخر ، وليس واحد وكيلا عن الآخر فلا يجوز تصرف أحدهما فى حصة الآخر بدون إذنه ، لكن كل واحد من أصحاب الدار المشتركة يعتبر صاحب ملك مخصوص على وجه الكمال فى السكنى ، وفى الأحوال التابعة لها ، كالدخول والخروج ، مثلا أحد الشريكين فى البرذون إذا أعاره ، أو أجره بدون إذن الآخر ، وتلف فى يد المستعير ، أو المستأجر فلهذا الآخر أن يضمنه حصته ، كذلك إذا ركب أحدهما البرذون المشترك أو حمله بلا إذن يضمن حصته للآخر ، وكذا إذا استعمله مدة فهزل ونقصت قيمته يضمن نقصان قيمة حصته » .

يفهم من المادة السابقة أنه لو تصرف أحد الشركاء فى الملك بإذن الآخر ، أو الآخرين يعتبر مديرا للملك ، ويعتبر أيضا وكيلا عنهم ، فلو أن جماعة يملكون مصنعا ، واستأذنهم فى أن يؤجر السيارة ، ويقوم هو بهذه الإدارة ، وكذلك أيضا فى المصنع .

فإذا تصرف فى الملك الشائع بدون إذن شركائه ، وتلف شىء من هذا الملك، فإنه يكون بذلك متعديا على ملك الآخرين ، وعليه أن يضمن قيمة ما تلف من حصصهم .

ونصت المادة (١٠٨٤) من المجلة : « أحد الشريكين الحاضر إذا آجر الدار

---

(١) المدخل الفقهى العام :(١ / ٥).

المشتركة فأخذ من أجرتها حصته، وحفظ حصة الغائب جاز ، وحين حضور الغائب يأخذ حصته منه » .

أى أنه : إذا تولى أحد الشريكين الإدارة عن طريق الإجارة دون اعتراض من شريكه ، أو باقى الشركاء عد وكيلا عنهم ؛ لتعذر اجتماعهم بغياب البعض وحضور البعض الآخر ؛ ولأن حكم إدارة المال الشائع المفروض أنها من حق الشركاء مجتمعين ، إلا إذا اتفقوا على غير ذلك ، وهذا الحكم هو من مقتضى العقد ، ولا خلاف فيه ، لكن لما كان من غير الميسور أن يتفقوا فى كل ما تتطلبه الإدارة : كغياب البعض وحضور البعض الآخر فإذا تولى أحدهم ذلك ، وعلم الآخرون دون اعتراض ، يعتبر ذلك بمثابة إذن منهم ، ويكون بذلك وكيلا عنهم ، وفى نفس الوقت هو المدير لهذا الملك ، فإذا لم يكن مأذونا له فى التصرف فإنه يضمن ما تلف .

أما لو كان مأذونا له من شريكه ، فإن يده تكون يد أمانة ، وهذا ما قالته المادة (١٠٨٧) من المجلة :« حصة أحد الشريكين فى حكم الوديعة فى يد الآخر ، فإذا أودع أحدهما المال المشترك بدون إذن فتلف يكون ضامنا حصة شريكه ».

ومما سبق نرى تقارب الفقه ، والقانون فى الإدارة للمال الشائع ، وخاصة كما قلنا من قبل : إن الفقه الإسلامى لا يمنع أى تنظيم إدارى يقصد به حماية الملك طالما أنه يتفق مع شرع الله ، والقاعدة الأصولية تقول :« العادة محكمة يعنى أن العادة عامة كانت ، أو خاصة تجعل حكما لإثبات حكم شرعى » [(١)].

---

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة ٣٦ : ص٢٨ .

وأصل هذه القاعدة حديث رسول الله ﷺ : « فما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسنا ، وما رأوا سيئا فهو عند الله سيىء » [١].

الإقرار بالمشاع:

الإقرار لغة : الإثبات ، يقال : قر قرارا : ثبت واستقر .

وأقر بالحق اعترف به وأثبته وأقر على نفسه بالذنب : اعترف [٢].

وشرعا : هو إخبار بحق لآخر عليه ، فإن كان بحق له على غيره فدعوى أو لغيره على غيره فشهادة [٣].

وقد يكون الإقرار بحق من حقوق الله : كإقراره باقتراف حد من حدود الله، أو إقراره بحق من حقوق العباد ، وقد جاء فى قانون الإثبات فى المادة (١٠٣) أن :« الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى عليه ، وذلك أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة ».

وقد قيدت المادة السابقة الإقرار : بأن يكون أمام القضاء ، وأن يكون الإقرار فى واقعة مدعى بها على المقر ، وأن يكون هذا الإقرار فى أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة ، مع أن الإقرار قد لا يكون أمام القضاء ، وقد يقر المقر بشيء للمقر له لم يدعه المقر له : كأن يقر شخص بأن عليه لزيد ألف درهم .

وقضت محكمة النقض بأن الإقرار : هو اعتراف شخص بحق لآخر عليه بحيث لا يكون القصد هو إنشاء الحق فى ذمته [٤].

---

(١) مسند الإمام أحمد من مسند عبد الله بن مسعود :(١ / ٣٧٩).

(٢) مختار الصحاح : مادة (قر) المعجم الوسيط مادة (قر).

(٣) لسان الحكام :ص ٢٦٥ مغنى المحتاج: (٢ / ٢٣٨) .

(٤) انظر التعليق على قانون الإثبات للدكتور أحمد أبى الوفا : ص ٢٧٤ .

وقد ثبتت حجية الإقرار بالكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ﴾[١] فقد أمر الله صاحب الحق بالإملاء أي بالإقرار ، وقوله تعالى : ﴿ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا ﴾ [٢] وقوله تعالى : ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾[٣] وشهادة الإنسان على نفسه إقرار بالحق .

وأما السنة فقوله ﷺ فى قصة العسيف : « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها »[٤] فأثبت النبى ﷺ الحد بالاعتراف .

وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على صحة الإقرار ؛ ولأن الإقرار إخبار على وجه ينفى عنه التهمة والريبة ، فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ولهذا كان آكد من الشهادة ، فإن المدعى عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة ، وإنما تسمع إذا أنكر [٥].

جاء فى معين الأحكام : « أن الإقرار من أقوى الأحكام وأشدها وهو أقوى من البينة ووجهه ؛ أنه إذا كان يستند القضاء إلى ظن ، فبأن يستند إلى علم أولى لأن الحكم بالإقرار مقطوع به ، والحكم بالبينة مظنون ؛ ولأن الإقرار خبر صدق ، أويرجح صدقه على كذبه ؛ لانتفاء تهمة الكذب » [٦].

وقد نظم قانون الإثبات الإقرار فى المادتين (١٠٣ ، ١٠٤).

---

(١) سورة البقرة من آية ٢٨٢ .

(٢) سورة آل عمران من آية (٨١) .

(٣) سورة النساء من آية (١٣٥) .

(٤) صحيح البخارى مع فتح البارى :(٤ / ٥٧٤) كتاب الوكالة باب الوكالة فى الحدود .

(٥) انظر كشاف القناع :(٦ / ٤٥٣) ،المغنى :(٥ / ٢٧١) ،معين الحكام :ص ١٢٥ .

(٦) معين الحكام :ص ١٢٥ .

الإقرار بالمشاع:

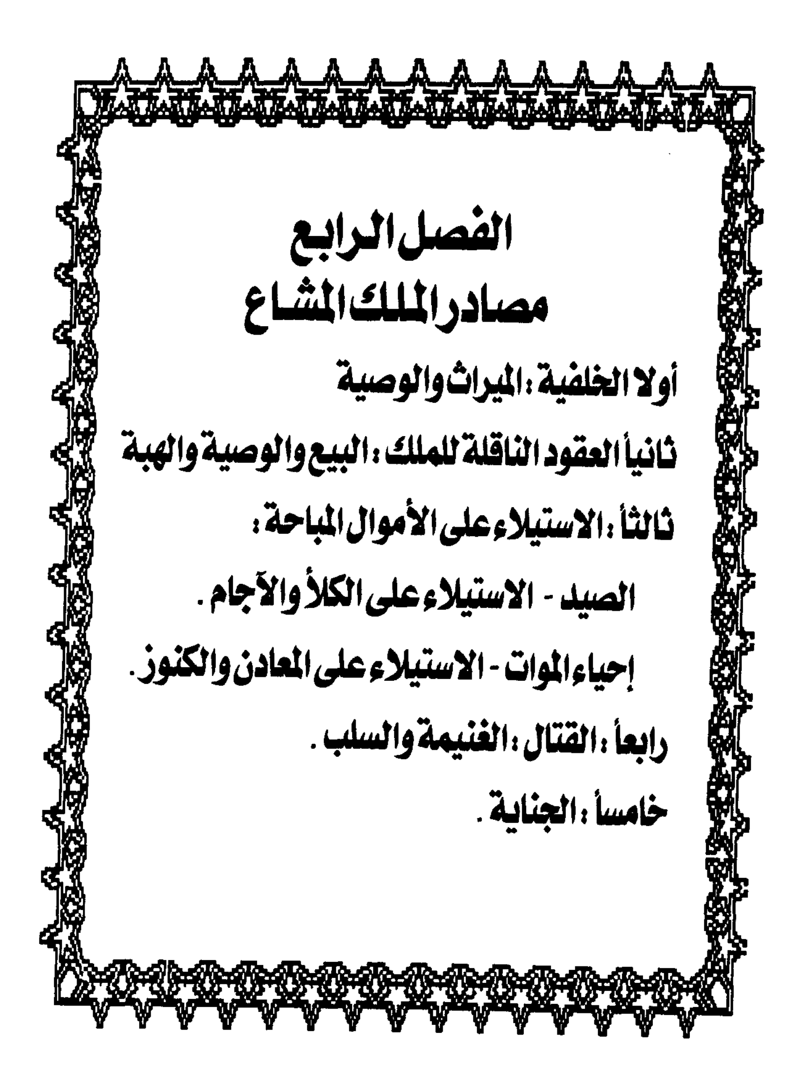
يصح إقرار الرجل بنصف داره القابلة للقسمة مشاعا ، ولو كان إنشاء لا يصح ؛ لأنه يكون هبة وهبة المشاع القابل للقسمة لا تصح [1].

وجاء فى مجلة الأحكام العدلية فى المادة (١٥٨٥) :« الإقرار بالمشاع صحيح ، فإذا أقر أحد لآخر بحصة شائعة من ملك العقار الذى فى يده كالنصف أو الثلث وصدقه المقر له ، ثم توفى المقر قبل الإفراز والتسليم فلا يكون شيوع المقر به مانعا لصحة هذا الإقرار » .

وقال على حيدر فى شرح المجلة :« والإقرار بالمشاع صحيح سواء كان المشاع قابلا للقسمة ، أو غير قابل ؛ لأن الإقرار إخبار وليس بإنشاء ، فإن التمليك بلا بدل هبة ، فلو كان الإقرار إنشاء لما جاز الإقرار بمشاع قابل للقسمة.. وليس تعبير عقار الوارد فى المجلة تعبيرا احترازيا ، فيصح إقرار بالمال المنقول المشاع »[2].

(١) انظر الدر المختار ورد المحتار : (٤ / ٤٦٨) لسان الحكام : ص ٢٦٥ ، بدائع الصنائع : (٦ / ١١٩، ١٢٠) وسنبين ما قاله الفقهاء فى هبة المشاع .

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر : (٤ / ١١٢).



الفصل الرابع
مصادر الملك المشاع

أولا الخلفية : الميراث والوصية

ثانياً العقود الناقلة للملك : البيع والوصية والهبة

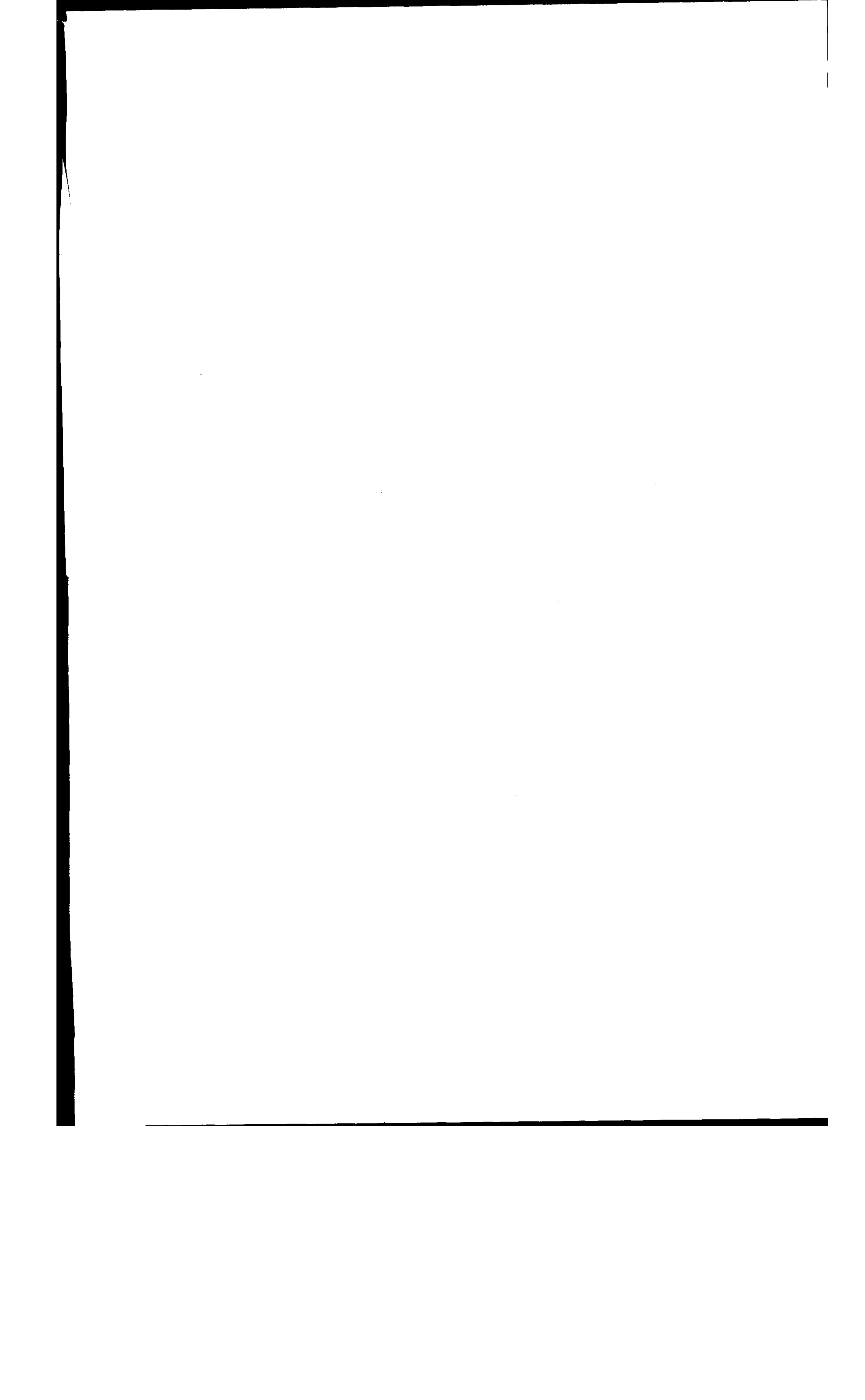
ثالثاً : الاستيلاء على الأموال المباحة :

الصيد - الاستيلاء على الكلأ والآجام .

إحياء الموات - الاستيلاء على المعادن والكنوز .

رابعاً : القتال : الغنيمة والسلب .

خامساً : الجناية .



المصادر بين الفقه والقانون:

الأصل فى الأشياء قبل حيازتها الإباحة ، ثم بعد حيازتها تقوم بين الشىء ومن حازه علاقة اختصاص تمنع غير حائزه من أخذه والانتفاع به ، وتتيح لحائزه الانتفاع به ، والتصرف فيه بكافة أنواع التصرفات المقررة فى الشريعة الإسلامية .

وفى الشريعة الإسلامية تتعدد مصادر الملك ، وقد ذكر الفقهاء أن أسباب الملك هى :

(١) الاستيلاء على المال المباح . (٢) العقود الناقلة للملكية. (٣) الخلفية : ومعناه أن يخلف شخص آخر فيما كان يملكه ، وهى تتحقق بالإرث . وهذه الثلاثة محل اتفاق بين الفقهاء وعليها اقتصر الكثير منهم[١] .

إلا أن بعض الفقهاء يضيف إلى هذه الأسباب سبباً آخر وهو التولد من الملك المملوك كثمر الشجر ونتاج الحيوان فهما لمالك الشجر والحيوان؛ لتولدهما من ملكه، والواقع أن هذا ليس بسبب مستقل، وإنما هو ثمرة من ثمار الملكية، فمن خصائص الملك التام أنه ينصب على ذات الشىء وعلى منفعته معاً ، وما

---

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطى: ص٢١٧، والأشباه والنظائر لابن نجيم : ص٣٤٦ ، وجاء فى المادة (١٢٤٨) من مجلة الأحكام العدلية : « أسباب التملك ثلاثة : الأول : الناقل من مالك إلى آخر كالبيع والهبة والثانى : كون أحد خلف الآخر كالإرث والثالث : إحراز شىء مباح لا مالك له وهذا إما حقيقى : وهو وضع اليد حقيقة على شىء وإما حكمى : وذلك بتهيئة سببه كوضع إناء جمع ماء المطر أو نصب شبكة لأجل الصيد » ، الدر المختار ورد المحتار : (٥ / ٣٠٧) ، المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى للدكتور مصطفى شلبى: ص٢٦٣ ، الملكية الفردية للدكتور محمد بلتاجى :ص ٥٠ .

ذكروه من التولد من المال المملوك ليس إلا ثمرة من ثمرات الملكية[١] .

ومن الفقهاء من يذكر سبباً رابعاً وهو الشفعة : وهى حق تملك المال المشفوع من مالكه الجديد ولو جبراً بما قام عليه من الثمن والتكاليف[٢] .

ويجعلون الشفعة سبباً مستقلاً للملكية ، فالأئمة مالك والشافعى وأحمد يذهبون إلى أن الملك للشفيع يثبت بطلبه لذلك الحق ، وهذا الطلب ليس استيلاء ولا عقداً ، ولا إرثاً فتكون الشفعة سبباً جديدا من أسباب الملك ، مغايراً للأسباب السابقة[٣] .

ويذهب الحنفية إلى أن الملك فى الشفعة لا يثبت بمجرد الطلب ، بل يثبت بأحد أمرين :

١ - التراضى بين الشفيع والمالك الجديد على ذلك ، وهو عقد جديد غير العقد الأول .

٢ - قضاء القاضى عند إبائه وعدم تسليمه ، وهو بمثابة عقد ينوب فيه القاضى عن الممتنع ، وعلى هذا لا تكون الشفعة سبباً جديداً للملك ، بل تكون داخلة فى العقود[٤] .

---

(١) انظر المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : (١ / ٢٤٢) ، الفقه الإسلامي وأدلته : (٥ / ٥٠١) ، المدخل لدراسة الشريعة للدكتور عبد الكريم زيدان : ص٢٠٨ .

(٢) انظر شرح مرشد الحيران لمحمد زيد الإبيانى : (١ / ٨٢) .

(٣) انظر مغنى المحتاج :(٢/ ٣٠) لكن قال المالكية : تملك الشفعة بأحد أمور ثلاثة : بحكم حاكم ، أو دفع ثمن للمشترى ، أو إشهاد بالأخذ بالشفعة ولو فى غيبة المشترى ، الشرح الكبير للدرديرى : (٣ / ٤٨٧ - ٤٨٨) ، كشاف القناع : (٤ / ١٥٩) .

(٤) انظر اللباب شرح الكتاب : (٢ / ٥٧) ، بدائع الصنائع : (٥ / ٢٣) ، ==

وقد أخذ أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي بما ذهب إليه الحنفية ؛ لأن عقد البيع الذى أنشأه البائع من المشترى هو الذى أعطى الحق فى الشفعة ، فليست الشفعة تصرفاً مستقلاً عن العقد الذى سبقها ونحن نوافقه على ذلك[١] .

وبعد أن ذكر الشيخ أحمد إبراهيم أسباب الملك وهى :

وضع اليد على الشىء المباح الذى لا مالك له ، والعقود الناقلة للملك ، والميراث ، والشفعة قال : وهناك أسباب للملك غير هذه موضعها فى الشريعة أحكام الغنيمة والفىء فى كتاب الجهاد[٢] .

وقد ذكر السيوطى وابن نجيم أسباباً أخرى للملك وقد ذكرها أستاذنا الدكتور بلتاجى وهو يتحدث عن أسباب الملكية الفردية فقال : إن هناك أسباباً أخرى غير الأسباب السابقة للملكية وهى العمل والقتال والجناية ، وحصر أسباب الملكية فى الشريعة الإسلامية فى هذه الأشياء وهى : الميراث ، ووضع اليد على المباح ، والعقود الناقلة للملك ، والعمل والقتال والجناية[٣] .

وبما أن الملك المشاع نوع من الملك ، فإن مصادره هى مصادر الملك ، وهى

== وممن عدوا الشفعة من أسباب الملك الشيخ محمد أبو زهرة فى كتابه الملكية : ص١٥٠ ، والشيخ أحمد إبراهيم فى كتابه المعاملات الشرعية : ص ٣٧ ، والدكتور أحمد فراج حسين في الملكية ونظرية العقد : ص ٣٧ ، والدكتور محمد فهمى السرجانى فى كتابه الملكية ونظرية العقد : ص ٢٦ ، الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد يوسف موسى : ص ١٨٥ .

(١) انظر الملكية الفردية لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى ص ١٥٠ .

(٢) كتاب المعاملات الشرعية : ص ٣٧ .

(٣) انظر الملكية الفردية لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى ص ١٥١ ، الأشباه والنظائر للسيوطى : ص ٣١٧ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم : ص ٣٤٦ .

نفس أسباب كسب الملكية ، وأهم هذه الأسباب بالنسبة إلي الملكية الشائعة هو الميراث ، فأكثر ما يكون الشيوع عند وفاة المورث وتركه ورثة متعددين ، فتنتقل إليهم أمـواله شائعة ، وقد يكون مـصدر الشيوع : الوصيـة ، كما إذا أوصى شخص لاثنين بمال عـلى الشيوع ، وقد يكون مصدر الشيـوع : العقد كما إذا اشترى شخصان مـالا على الشيوع ، وقد يكون مصدر الشـيوع : هو استيلاء مجموعة على مال مباح ... إلخ فتكون مصادر الملكية الشائعة هى نفس مصادر كسب الملكية ، وهذا ما نتناوله بعد قليل .

أما القانون المدنى : فقد عرض لأسباب كسـب الملكية ، ونظم أحكامها فى المواد (من ٨٧٠ إلى ٩٨٤) وعددها فى الاستيلاء عـلى ما ليس له مالك من منقول أو عقار ، والميـراث وتصفية التركة ، والوصية ، والالتـصاق بالعقار أو بالمنقول ، والعقد ، والشفعة ، والحيازة والتقادم(١) .

وهذه الأسباب الـسابقة تتفـق مع الأسباب الشرعـية ماعدا الحيازة والـتقادم (وضع اليد على مـال مملوك للغير مدة طويلة) ، فإن الإسـلام لا يقر التقادم المكسب على أنه سبب للملكية ، وإنما هو مجرد مانع من سماع الدعوى بالحق الذى مضى علـيه زمن معين(٢) ، توفيـراً لوقت القضـاء ، وتجنباً لما يـثار من مشكلات الإثبات ، وللشك فى أصـل الحق ، أما أصل الحق فيجب الاعتراف به لصاحبه ، وإيفاؤه له ديانة ، فمن وضـع يده على مال مملوك لغيره لا يملكه شرعاً(٣) .

---

(١) انظر الحقوق العينية الأصلية للدكتور جميل الشرقاوى : ص ٢٤٥ .

(٢) حددت مـجلة الأحـكام العـدليـة فى المواد (١٦٦١ - ١٦٦٢) فـى الحقوق الخـاصة بـ١٥سـنة وفى الأراضـى الأميريـة بـ ١٠ سـنوات وفى الأوقـاف وأموال بيـت المال بـ٣٦سنة .

(٣) انظر الـفقه الإسلامى وأدلـته : (٥ / ٥٠١ - ٥٠٢) ، الملكـية ونظرية الـعقد ==

فلـو استولـى شخص علـى قطعـة أرض مملوكـة لغيره ، وقـام بزراعتـها واستغلالها واستثمارها مدة طويلة ثم جاء صاحبها وطالب واضع اليد برفع يده عنها ؛ لأنـها ملكه ، فإن أقر الحائـز بذلك الحق حكم به ، وإن أنـكر وكانت مدة وضع يـده قد استمرت مدة طـويلة ، ولم يكن لـلمدعى عذر يمنـعه من المطالبة بحقه طول مدة وضع يد الحائـز عليها لا تسمع دعوى المدعى ، أما إذا لم تكن المدة طويلة أو كان للمدعى عذر يمـنعه من المطالبة ، كأن كان غائباً أو مسجـوناً ، أو فاقداً للأهلـية ، وليس له ولى ، أو كـان الحائز طاغية يـخشاه الناس ، فإن الدعوى تسمع[1] .

وأرجح الأقوال فى حد المدة الـطويلة خمس عشرة سنة ، فـيما عدا الوقف والإرث فإنـه فيهمـا ثلاث وثلاثـون سنة مـع وجود عذر شرعـى ؛ لأن ترك الدعوى طول هذه المدة مـع التمكن وعدم العذر الشرعـى يدل على عدم الحق ظاهراً [2].

غير أن عدم سماع الدعوى لا يترتب عليه شرعاً أن يكون الملك ثبت للحائز ظاهراً أو باطناً ، بل يثبت له فى الظاهر فـقط قطعاً للتنازع ، فيكون حلالاً له فيما بينه وبين الناس ، يسرى عليه ما يسرى على سائر الأملاك ، أما فيما بينه وبين الله تعالى ، فيكون حراماً إن لم يكن مالكاً له على الحقيقة[3] .

وقد أخذ المـرسوم بقانون ٧٨ لـسنة ١٩٣١ بشأن لائـحة المحاكم الشـرعية

== فى الشريعة الإسلامية للدكتور أحمد فراج حسين : ص ٣٧ .

(١) انظر الملكية ونظرية العقد للدكتور أحمد فراج حسين : ص ٣٧ .

(٢) انظر حاشية ابن عابدين والدر المختار : (٤ / ٣٥٦ - ٣٥٧) .

(٣) انظر الملكية ونظرية العقد للدكتور أحمد فراج حسين : ص ٣٧ .

والإجراءات المتعلقة بهذا التحديد الذى هو أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى ونص عليه فى المادة (٣٥٥) فقال : « القضاة ممنوعون من سماع الدعاوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة ، مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى فى عدم إقامتها ، إلا فى الإرث والوقف ، فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة ، مع التمكن وعدم العذر الشرعى له ، وهذا كله مع الإنكار للحق فى تلك المدة »(١) .

أما القانون المدنى فقد اعتبر هذه المدة بنوعيها سبباً من أسباب كسب الملكية ونص عليها فى المواد (٩٦٨ - ٩٦٩ - ٩٧٠) .

كذلك لا يقر الإسلام مبدأ التقادم المسقط على أنه مسقط للحق بترك المطالبة به مدة طويلة ، فاكتساب الحقوق وسقوطها بالتقادم حكم ينافى العدالة والخلق، ويكفى فى ذلك أن يصير السارق والغاصب مالكاً (٢) .

وهذا هو الفرق فى الشرع الإسلامى بين حكم القضاء والديانة .

وأما الالتصاق بسبب سيل أو فيضان أو كثبان رمل بسبب ريح شديدة ، فلا مانع منه شرعاً ؛لأنه زيادة سماوية ، تدخل تحت مبدأ التولد من المملوك ، وأن الفقهاء لم يعرضوا له ؛ لأنه فى حقيقته ليس سبباً أصيلاً ومستقلاً ، فهو يؤول إلى واحد من الأسباب الثلاثة التى ذكرها الفقهاء(٣) .

---

(١) السابق ، والمدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى للدكتور محمد مصطفى شلبى : ص٣٦٩ .

(٢) الفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ٥٠٢) .

(٣) انظر السابق ، والملكية ونظرية العقد للدكتور أحمد فراج حسين : ص ٣٧ ، والالتصاق قد يكون فى العقار طبيعياً ، وقد يكون بفعل المياه ، وقد يكون بفعل الإنسان بإنشائه مبانى على الأرض فى ملكه أو فى ملك غيره ، وقد يكون فى ==

وبعد . . فرغم الاتـفاق على أن الأسباب أو المصادر الـسابقة مثبتة لـلملك التام فإنها تختلف من جهات ثلاث انقسمت تبعاً لها إلى تقسيمات ثلاثة[(١)] :

أولاً : تقسم إلى أسباب اختيارية وجبرية :

الأسباب الاختيارية : هـى الاستيلاء على المباح والعقود والشـفعة عند من جعلها سبـباً مستقلاً ، فإن هذه الأسباب لا تكون إلا بـإرادة الشخص ومحض إرادته ، فإذا أقدم عليها ثبت الملك .

أما الأسباب الجبـرية : فهى التى تتحـقق بجعل من الشارع ولا دخـل فيها لإرادة الشخـص وهذا هو الميراث ، فـالميراث خلافة شرعـية عن الميت تـثبت للوارث عـن المورث بجعـل من الشارع ، فـهى سبب جـبرى لا دخل لإرادة الوارث أو المورث فيها ، ولهذا يقال : لا يدخل شىء فى ملك إنسان جبراً عنه إلا الميراث ، وهذه الخلافة إنمـا تكون فى الباقى من تركة الميـت بعد تجهيزه ، وسداد ديونه وتـنفيذ ما عساه قـد أوصى به ، ولا يشترط فى المـيراث ، قبول الوارث ولو رده لا يرتد .

ثانيا : أسباب منشئة للملكية وأخرى ناقلة لها[(٢)] :

فالمنشىء لها هو الذى يوجد المـلكية بعد أن لم تكن موجودة أصلاً ، وهذا هو الاستيلاء على المال المباح ؛ لأن المال فى أصله مباح ، فعندما يستولى عليه الإنسان فإنه بذلك قـد أنشأ ملكاً جديداً له ، وعندما يـستصلح الإنسان أرضاً ويحولـها من المباح إلـى أن تكون ملكاً لـه فهو بذلك أيـضاً قد أنشأ مـلكاً ؛

== المال المنقول ، انظر المواد فى القانون المدنى من (٩١٨ - ٩٣١) .

(١) انظر المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامـى للدكتور محمد مصطفى شلبى: ص٣٦٤ ، المدخل لدراسة الشريعة للدكتور عبد الكريم زيدان : ص ٢٨٠ .

(٢) انظر المدخـل فى التعريف بـالفقه الإسلامى للـدكتور مصطفـى شلبى : ص ٣٦٥ : ٣٦٦ .

لأن المال المباح قبل الاستيلاء عليه لا يوصف بالمملوكية .

والناقل للملكية : لا ينشئها ولا يوجدها بعد أن لم تكن ، وإنما ينقلها فقط من شخص إلى آخر ، ويتناول هذا النوع العقود والميراث ، وهذان لا يثبت بهما ملك الشخص إذا كان المال الذى ورد عليه العقد أو الميراث مملوكا من قبل، فالمال المباح لا يكون محلاً لعقد من العقود كما لا يكون ميراثا لأحد ، فلو باع شخص مالاً مباحاً قبل أن يحوزه اعتبر هذا العقد ملغياً .

ثالثا : أسباب فعلية تتحقق بالفعل فقط ، وأخرى قولية تتحقق بالقول أو ما فى معناه ، وثالثة تتحقق من غير أن يكون للمالك دخل فيها [١] .

١ - الفعلية : فالاستيلاء سبب فعلى لا يتحقق إلا بالفعل ، ولهذا يصح هذا السبب ؛ لإفادة الملكية ممن لا يعتبر قوله كالمجنون والصغير المميز وغير المميز، فإذا استولى واحد من هؤلاء على المال المباح استيلاء حقيقاً ملكه ، مع أن العقود الصادرة منهم قد تكون غير صحيحة وقد تتوقف على إرادة أخرى .

٢ - القولية : العقد سبب قولى فى غالب صوره ؛ لأن الأصل فيه أن يكون بالقول وقد يتحقق بالفعل نيابة عن القول كما فى الإشارة والكتابة وغيرهما كما سنبين فى القسم الثانى .

٣ - والميراث يثبت الملك من غير فعل ولا قول من الوارث ولا من المورث فهو سبب اعتبارى جعله الشارع موجباً للملك فى بعض الحالات من غير أن يكون لأحد دخل فيها ، ولهذا يثبت للصغير والكبير ، والمميز وغير المميز على حد سواء ، بل يثبت للجنين قبل ولادته .

ونبدأ الكلام عن أسباب الملك الشائع كل سبب على حدة .

---

(١) انظر المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى للدكتور مصطفى شلبى : ص ٣٦٥ .

أسباب أو مصادر الملك المشاع

أولاً: الخلفية: الميراث والوصية:

الميراث:

هو أن يحل الوارث محـل مورثه فيما كان له من أموال وحقـوق مالية عند وفاته ، وهو خلافة جبرية بحكم الشـارع لا دخل فيها لإرادة الإنسان ، فتنتقل ملكية المـيت إلى ورثته الشرعيين بـنسبة سهامهم المقـدرة شرعا دون إيجاب أو قبول ، وسواء كانت تركة الميت منـقولات أو عقارات ، وتكون ملكية الوارث لهذه التركة بعـد سداد ما على الميت من دون ، وبعد تنفـيذ وصاياه ولا يكون الميراث إلا فى مال مملوك ، أو حق ملحق به(١) .

فالورثة يرثون الميت بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا الصادرة من المورث فى ثلث ما تـرك أو فيما زاد عليه عـند إجازتها من الورثـة وتكون ملكيتـهم لهذه التركة شائعة ، وهذا السـبب هو أهم هذه الأسباب بالنسبة للمـلكية الشائعة ، فأكثر ما يكون الشيوع عند وفاة المورث ، وتركـه ورثة متعددين ، فتنتقل إليهم أمواله شائعة .

أما الوصية:

فهى خلافة اختيـارية فيتوقف ثبوت الملك فيها عـلى قبول الموصى له إلا إذا كانت الوصية واجبة ، فإنها تكون إجـبارية كالميراث، وإلا إذا كانت لغير معين

---

(١) انظـر المدخل لدراسـة الشريعـة الإسلاميـة للدكتـور عبد الكـريم زيدان : ص ٢٢١ مختصر أحكام المعاملات الشرعية لـلشيخ على الخفيف : ص ٣٩ ، كتاب المعاملات الشرعية للشيخ أحمد إبراهيم : ص ٥٣ ، قسمة المال الشائع لمحمد محمود عبد الله: ص ١٢ رسالة دكتوراه في كلية الحقوق .

كالفقراء ، فإنها لا تتوقف على القبول[١] .

وقد اعتبر القانون المدنى الميراث سبباً من أسباب الملكية ، ويأخذ القانون أحكام الميراث من الشريعة الإسلامية كما نصت على ذلك المادة (٨٧٥) «تعين الورثة وتحديد أنصابهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية ، والقوانين الصادرة فى شأنها » وكذلك أيضاً الوصية حيث نصت المادة (٩١٥) على الآتى : « تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية ، والقوانين الصادرة فى شأنها »[٢] .

إذن الميراث وهو يعتبر شركة ملك بين الورثة بعد موت المورث هو مصدر من مصادر الملك الشائع وسبب من أسبابه ، وكذلك الوصية ، فلو أوصى شخص بجزء من ماله لاثنين أو ثلاثة أصبحوا شركاء فى هذا الجزء ، وأصبح هذا الجزء ملكاً مشاعاً بينهم ، إذن الوصية سبب من أسباب الملك الشائع .

وبما أن الخلفية : هى حلول شخص أو شىء جديد محل قديم زال فى الحقوق ، وهى نوعان : خلفية شخص وهى الإرث كما تكلمنا عنه .

وخلفية شىء عن شىء وهى التضمين أو التعويض فإذا أتلف أحد لآخرين شيئاً أو غصبه منه فهلك أو فقد ، ففى ذلك وأمثاله يجب عليه ضمان ما أتلفه ، وتعويض الضرر الذى باشره أو تسبب به ، وعندئذ يملك المعوض له ذلك العوض ملكاً مستنداً إلى سبب الخلفية ؛ لأن هذا العوض خلف عما تضرر فيه من مال أو منفعة[٣] ، وسنتكلم عن ذلك عند الكلام على الجناية .

---

(١) انظر الملكية ونظرية العقد للدكتور أحمد فراج حسين : ص ٣٥ - ٣٦ ، وقد بينا ذلك فى القسم الثانى عندما تكلمنا عن الوصية بالمشاع .

(٢) كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ٢٢١ .

(٣) انظر المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : (١/ ٢٤٩ - ٢٥١) .

ثانياً : العقود الناقلة للملك :

العقد فى اللغة :

الشد والربط والتقوية ، يقال: عقد الحبل إذا شد طرفيه وربط بينهما ، وعقد اليمين أو النية على فعل شيء أو تركه إذا أيدها وقواها ، وعلى هذا المعنى جاء قوله تعالى : ﴿ لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ ﴾[١] وقوله تعالى : ﴿ وَلا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾[٢]، [٣] .

والعقد : ما عقد من البناء ، والعهد ، والاتفاق بين طرفين يلتزم بمقتضاه كل منهما تنفيذ ما اتفقا عليه ، كعقد البيع والزواج[٤] .

وعلى هذا المسمى العهد والميثاق عقداً ؛ لأن فيه تقوية لما تضمنه وعزماً أكيداً على التقيد به وتنفيذه ، كما سمى كل ما يفيد التزام الإنسان بعمل شيء أو تركه عقداً ؛ لأن فيه معنى الوجوب القوى المؤكد[٥] .

شرعاً : تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره فى المحل[٦] .

والمقصود بالكلامين أو بما يقوم مقامهما ، الإيجاب والقبول ، ولهذا عرف

---

(١) سورة المائدة من آية ٨٩ .

(٢) سورة البقرة من آية ٢٣٥ .

(٣) انظر تفسير القرطبى : (٦ / ٢٣) أول سورة المائدة .

(٤) المعجم الوسيط : مادة : (عقد) .

(٥) المدخل لدراسة الفقه الإسلامى للدكتور حسين حامد حسان : ص ٢٣٤ .

(٦) انظر شرح العناية على الهداية للبابوتى : (٦ / ٢٤٨) .

العقد بأنه : « عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه »[١] .

ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر ، فالعقد ينشأ بين طرفين تتجه إرادتهما إلى إنشاء أثر قانوني ، وقد يكون العقد بإرادة منفردة ويعرفه فقهاء القانون بأنه : « تطابق إرادتين على إنشاء التزام » .

وبهذا يكون العقد في اصطلاح الفقهاء شبيهاً لمعناه في الاصطلاح القانوني[٢].

والعقود الناقلة للملك : هي التي يتحول بها الملك من حيز إلى حيز اختياراً، فيحل بها مالك جديد محل مالك قديم فيما كان مملوكاً للأول[٣] .

وهذا السبب يعتبر أيضاً من أهم أسباب الملكية ، وأعظمها شأناً ، وأعمها وقوعاً ؛ لأنه الطريق الطبيعي لتلبية حاجات الإنسان ،وتلبية رغباته .

وهذا السبب لا يكون إلا في الأموال المتقومة ، وهي الأموال المملوكة التي يجوز الانتفاع بها فتنتقل به ملكيتها من شخص إلى آخر بناء على تراضيهما ، أو من شخص إلى آخرين فتتحقق به الملكية الشائعة ، ولا يكون في الأموال المباحة ، ولا فيما لا يجوز الانتفاع به ، فلا يباع المال المباح ، ولا يوهب ،

---

(١) مرشد الحيران لمحمد قدري باشا : ص ٤٩ : مادة (٢٦٢) .

(٢) انظر مذكرات في نظرية الالتزام للدكتور أحمد سلامة : ص ٥٣ ، القانون والمعاملات للدكتورين مصطفى الجمال وعبد الحميد الجمال : ص ١٩٥ ، أحكام عقد بيع الدين للدكتور محمد نجم الدين الكردي : ص ٧٦ - ٧٨ .

(٣) انظر رد المحتار على الدر المختار : (٥ / ٣٠٧) ، كتاب المعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد إبراهيم : ص ٥٢ .

ولا يتصدق به ، كما لا يباع الخمر والخنزير بين مسلمين أو أكثر ولا يوهبان ولا يجعلان ثمنا ، ولا يوصى بهما[١] .

والعقود الناقلة للملك كثيرة منها البيع والوصية والهبة وغير ذلك وذلك كأن يشترى شخصان مالاً على الشيوع ، أو كأن يوصى شخص لاثنين بمال على الشيوع .

ورغم أن هذه العقود تجتمع كلها فى كون كل منها سبباً لإنشاء الملك الشائع، فإنها تفترق فيما بينها باعتبارات متعددة ، فمنها ما لا ينقل الملك إلا بعد وفاة المالك الأول وذلك كالوصية ولذا يكون الإيجاب من الموصى حال حياته ، والقبول من الموصى له بعد وفاة الموصى ، وإما أن ينتقل الملك حال الحياة وذلك بالعقود الأخرى غير الوصية ، والملك المنتقل بهذه العقود إما أن يكون بعد العقد مباشرة بدون فاصل كما فى البيع ، وإما أن يكون انتقال الملك بعد القبض كما فى الهبة والصدقة والقرض[٢] .

ومحل تفصيل ذلك كله فى أبواب المعاملات في الفقه الإسلامى وقد تكلمنا فى القسم الثانى عن ذلك فى بيع المشاع والوصية والهبة ، وقد جعل القانون العقد من أسباب كسب الملكية حيث نصت المادة (٩٣٢ مدنى) على الآتى : « تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد متى ورد على محل مملوك للمتصرف ... » وبهذا يتفق القانون مع الفقه فى هذا السبب[٣] .

---

(١) انظر مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف : ص ٣٩ .

(٢) انظر كتاب المعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد إبراهيم : ص ٥٢ ، الملكية الفردية فى النظام الاقتصادى الإسلامى لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى : ص ١٧١ .

(٣) كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ٢٢٦ .

ثالثاً: الاستيلاء على الأموال المباحة:

يقصد بالاستيلاء حيازة الشيء المباح ووضع اليد عليه ، ويتميز هذا السبب بأنه منشىء للملكية ، وبأنه سبب فعلى لا قولى ، وبأنه مختص بالأموال المباحة لا المملوكة .

والمراد بالأموال المباحة جميع ما خلقه الله لعباده من مخلوقات فى البر أو فى البحر أو فى الهواء ، كالحيوانات فى الفلاة ، والأسماك ونحوها فى المياه، والطيور فى الهواء ، وكالأشجار النابتة فى الجبال والصحارى ، وكالأرض الموات التى لا يملكها شخص ، فكل هذه المخلوقات ونحوها يشترك الناس فى الانتفاع بها شركة إباحة لا شركة ملك ، ولا تملك إلا بإحرازها ووضع اليد عليها ، فإذا استولى عليها الإنسان ملكها وحده دون غيره ، ولم يستطع غيره أن يمتلكها إلا عن طريقه بسبب ناقل للملكية[1] .

وتختلف أحكامها من حيث توقف الملك فى بعضها على إذن ولى الأمر ، وعدم توقفه فى بعضها الآخر ، ووجوب حق الدولة فى بعض الأنواع ، وعدم وجوب شىء فى باقيها لذلك اقتضى الأمر تقسيم هذا السبب إلى أربعة أنواع[2] :

١ - الصيد .

٢ - الاستيلاء على الكلأ والآجام .

٣ - إحياء الأرض الموات .

٤ - الاستيلاء على المعادن والكنوز .

---

(١) انظر المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان : ص ٢١٠ .

(٢) انظر المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى للدكتور محمد مصطفى شلبى: ص ٣٧٠ .

الصيد :

والصيد مصدر « صاد » إذا أخذه فهو صائد ، وذاك مصيد ، ويسمى المصيد صيداً ، فيجمع صيوداً ، وهو كل ممتنع متوحش طبعاً ، لا يمكن أخذه إلا بحيلة ، ودقة نظر إما لطيرانه فى الهواء ، أو اعتصامه بالتلال والجبال ، أو بفراره فى الغابات ، أو بسباحته فى الماء [١] .

وحيوانات الصيد من قبيل المباح الذى لا مالك له ، فلكل إنسان الحق فى أن يتملكه بالاستيلاء عليه وصيده - إلا صيد الحرم فإنه لا يملك بالاستيلاء عليه ، وعندئذ يصبح مالكاً له ، ولا يجوز لغيره أن يعتدى عليه أو يأخذه ، وإن أخذه أجبر على رده لمالكه وهو من صاده .

والأصل فى إباحة الصيد الكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ﴾[٢] فقد أحل الله الصيد إلا إذا كان الصائد محرماً ، أو كان الصيد فى الحرم ، وقوله سبحانه : ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴾ [٣] وقال سبحانه : ﴿ يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾[٤] .

---

(١) انظر اللباب شرح الكتاب للشيخ عبد الغنى الدمشقى : (٣ / ٢١٧) ، الملكية ونظرية العقد للدكتور محمد فهمى السرجانى : ص ٣٤ .

(٢) سورة المائدة : من آية ٩٦ .

(٣) سورة المائدة من آية : (٢) .

(٤) سورة المائدة من آية (٤) .

وأما السنة : فروى أبو ثعلبة الخشنى قال : أتيت رسول الله ﷺ فقلت : يا رسول الله ! إنا بأرض أهل الكتاب ، فنأكل فى آنيتهم ، وبأرض صيد أصيد بقوسى ، وأصيد بكلبى المعلم وبكلبى الذى ليس بمعلم ؟! فقال النبى ﷺ : «أما ما ذكرت أنك بأرض أهل الكتاب فلا تأكلوا فى آنيتهم إلا أن لا تجدوا بدا، فإن لم تجدوا بدا فاغسلوها وكلوا فيها، وأما ما ذكرت أنكم بأرض صيد، فما صدت بقوسك فاذكر اسم الله وكل ، وما صدت بكلبك المعلم فاذكر اسم الله وكل ، وما صدت بكلبك الذى ليس بمعلم فأدركت ذكاته فكله »[١] .

وأجمع أهل العلم على إباحة الاصطياد والأكل من الصيد[٢] .

والاستيلاء على الصيد نوعان[٣] :

الاستيلاء الحقيقى:

ويكون بإمساك الصيد باليد أو بالإقتراب منه ، وهو حبيس فى المصيدة ، أو متعلق بها بحيث لو مد يده لأمسكه ، وهذا النوع من الاستيلاء يفيد الملك التام على نحو مستقر دون حاجة إلي نية أو قصد .

فإذا انفلت الصيد من المصيدة لم يخرج من ملكية الصائد وعلى من يصيده أن يرده إلى صائده الأول ؛ لأن باستيلائه عليه استيلاء حقيقياً تثبت له ملكيته ثبوتاً مستقراً فلا يزول عنه هذا الملك بفراره منه ، كما لا تزول ملكية البعير

---

(١) صحيح البخارى مع شرح فتح البارى : (٩ / ٥٣٧ - ٥٣٨) ، كتاب الذبائح والصيد باب آنية المجوس والميتة .

(٢) انظر المغنى لابن قدامة : (١١ / ٣) .

(٣) انظر الدر المختار ورد المحتار : (٥ / ٣٠٧) ، الشرح الكبير للدرديرى : (٢ / ١٠٩) ، المنهاج للنووى ومغنى المحتاج : (٤ / ٢٧٨) .

مثلاً عن صاحبه إذا شرد منه ، وهذا عند الشافعية والحنفية[١] .

أما على رأى الملكية فإنهم يفرقون بين حالتين[٢] :

الأولى : إذا استأنس الصيد ثم فر بعد ذلك ففى هذه الحالة تبقى ملكيته لصائده وعلى من يمسكه أن يرده عليه إلا إذا ظل فاراً حتى عادت إليه وحشيته، وزال استئناسه فهو لمن يمسكه .

الثانية : إذا فر قبل أن يستأنس عند صائده كأن فر حالا ففى هذه الحالة تزول عنه الملكية ويعود مالاً مباحاً وهو لمن يصيده .

وبرأى الإمام مالك أخذ القانون المدنى فى المادة (٨٧١ / ٢) حيث نصت المادة على الآتى : « تعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها مادامت طليقه وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المالك فوراً وإذا كف عن تتبعه ، وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له »[٣] .

الاستيلاء الحكمى :

يكون باستعمال وسيلة لإخراج الصيد عن امتناعه وتهيئته لأن توضع اليد عليه بالفعل أو بالقوة ، مثل إذا ضربه بسلاح أحدث به جرحاً يمنعه من الفرار، أو وضع شبكة فتعلق بها صيد، أو حفر بئراً وقع فيها غزال لا يستطيع الخروج

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١٩٣) ، المنهاج ومغنى المحتاج : (٤ / ٢٧٩) ، المدخل لدراسة الشريعة للدكتور عبد الكريم زيدان : ص ٢١١ .

(٢) انظر الشرح الكبير للدرديرى : (٢ / ١٠٩ - ١١٠) ، المدخل لدراسة الشريعة : ص ٢١٠ .

(٣) كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ٢١١ .

منها كل ذلك ونحوه يتعلق به الاستيلاء الحكمى[1] .

وهذا النوع من الاستيلاء يفيد ملكاً غير مستقر ، فلو أن الصيد تمكن بطريقة ما أن يتلفت من المصيدة قبل أن يستولى عليه الصائد استيلاء حقيقياً ، فإنه يعود مالاً مباحاً لا ملكية لأحد عليه ؛ لأنه لم يستول عليه استيلاء حقيقاً ، أما إذا تبع الاستيلاء الحكمى استيلاء حقيقى فإن الملكية التامة المستقرة تثبت عليه ، وفى هذه الحالة إذا فر الصيد فهو لمالكه كما ذكرنا منذ قليل[2] .

وإفادة الملك مقيدة بشرطين :

أن يقصد الصائد بنصب شبكته الصيد ؛ لأن الأمور بمقاصدها ، فإن مجرد نصبها لا يكفى حتى يقصد نصبها الصيد .

أن يكون عمله معجزاً للصيد عن الفرار ، فيملكه الصائد إذا لم يقدر الصيد على الخلاص من شبكته ، فإن قطعها الصيد فانفلت منها صار مباحاً يملكه من صاده ؛ لأن الأول لم تثبته شبكته[3] .

هذا هو الأساس الذى تتفرع عليه مسائل الصيد وعليه يمكن تخريج أحكام الصور المختلفة ، فإذا أرسل الشخص الصيد بعد استيلائه عليه باختياره فهل يخرج عن ملكه أو لا ؟!

---

(١) انظر الدر المختار : (٥ / ٣٠٧) ، مغنى المحتاج : (٤ / ٢٧٨) ، المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى : ص ٣٨٦ .

(٢) انظر المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية : ص ١١٢ ، المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى : ص ٣٨٦ .

(٣) انظر مغنى المحتاج : (٤ / ٢٧٨) ، المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى : ص٣٨٦ .

فيه وجهان : الأول : أنه لا يخرج عن ملكه ؛ لأن الملك بعد ثبوته لا يزول إلا بسبب ناقل للملكية ، وليس الترك منها ؛ ولأنه يكون سائبة وقد أبطلها القرآن ، وعلى من أخذه أن يرده لمالكه الأول عند طلبه ، ومع ذلك يحل له أن ينتفع به إلى أن يطلبه منه .

الثانى : أنه يزول ملكه ويرجع إلى حالته الأولى قبل الصيد ، وقد لا يكون فى هذا الصيد فائدة للمستولى عليه الأول بينما يكون غيره فى أشد الحاجة إليه[1] .

والقانون المدنى فى المادة (٨٧١) يسير مع الرأى الثانى مع شىء من التفصيل فتنص هذه المادة على الآتى :

١ - « يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته » .

٢ - تعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها مادامت طليقة ، وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المالك فوراً ، وإذا كف عن تتبعه وما روض من الحيونات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له » .

وهذا هو الرأى الصواب فى نظرى ؛ لأنه طالما لم يعد أليفاً أو أنه صيد ثم فر ولم يتبعه صاحبه أو تركه بعدما فر زماناً صار مباحاً .

إذن حق الصيد الأصل فيه أن يكون مباحاً في البر والبحر إلا ما ورد من تحريم صيد البر للمحرم ، فلو اصطاد جماعة من الصيد فالملك بينهم شائع

---

(١) انظر المهذب : (١ / ٢٥٧) .

فالصيد سبب من أسباب الملكية الشائعة ، لكن إذا اقتضت المصلحة العامة تقييد هذا الحق جاز لولى الأمر أن يصدر فى ذلك قرارات مقيدة ، كمنع صيد الطيور آكلة الحشرات الضارة بالزراعة ، ومنع الصيد بالشباك الضيقة لترك صغار السمك حتى تنمو ... ونحو ذلك[١] .

الكلأ والآجام:

الكلأ : العشب رطباً كان أو يابساً ، والكلأ هو ما يرعى[٢] .

والكلأ: اسم لحشيش ينبت من غير صنع العبد، والشركة العامة هى الإباحة إلا إذا قطعه وأحرزه ؛ لأنه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه[٣] .

قال ابن عابدين : « والكلام فى الكلأ على أوجه : أعمها ما نبت فى موضوع غير مملوك لأحد فالناس شركاء فى الرعى والاحتشاش منه كالشركة فى ماء البحار ، وأخص منه وهو ما نبت فى أرض مملوكة بلا إنبات صاحبها وهو كذلك ، إلا أن لرب الأرض المنع من الدخول فى أرضه ، وأخص من ذلك كله وهو أن يحتش الكلأ وأنبته فى أرضه فهو ملك له وليس لأحد أخذه بوجه ؛ لحصوله بكسبه »[٤] .

إذن إذا كان الكلأ فى أرض غير مملوكة لأحد فهو على الإباحة ، وإن كانت

---

(١) انظر كتاب المعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد إبراهيم : ص ٤٧ ، الملكية الفردية لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى : ص ١٥٤ .

(٢) المصباح المنير للفيومى : ص ٥٤٠ مادة : (كلأ)،لسان العرب لابن منظور : (٥ / ٣٩١٠) مادة : (كلأ) .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١٩٣) .

(٤) حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار : (٥ / ٢٩٢) .

مملوكة فهو على الإباحة أيضاً إن لم يتعهده صاحب الأرض بالسقى ونحوه من وسائل الإنبات ، ولكل واحد أن يستولى عليه وينتفع به ، وعلى صاحب الأرض ألا يمنع المحتاج أن يأخذ حاجته منه إذا لم يجد غيره فى أرض غير مملوكة ؛ لأن الكلأ غير مقصود من المرج المملوك بل المقصود هو الزراعة[١] .

وحديث النبى ﷺ الذى ورد بأن الناس شركاء فى ثلاثة « الماء والكلأ والنار»[٢] يقضى بظاهره بأن الكلأ يبقى على الإباحة مطلقا ، سواء نبت فى أرض مملوكة أو غير مملوكة ، بعمل من صاحب الأرض أو بغير عمله ، فإنه لا يمنع من أخذ كلئها أحد إلا ما حماه الإمام[٣] .

لكن أبا عبيد القاسم بن سلام ذهب إلى أن إباحة الكلأ وشركة الناس فيه إنما هو بالنسبة للنبات فى أرض غير مملوكة ، أما إذا نبت الكلأ فى أرض مملوكة ولو بدون عمل من صاحبها فإن الكلأ يكون لصاحب الأرض ، ولكن لا يطيب له منه إلا بمقدار حاجته ، ولا يحل له أن يمنع أحداً من الانتفاع بالزائد عن حاجته[٤] .

وقد رجح الدكتور عبد الكريم زيدان ما ذهب إليه أبو عبيد وهو ما نميل إليه[٥].

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١٩٤) ، والمدخل لدراسة الشريعة : ص ٢١٢ ، والقوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٩١ .

(٢) مسند أحمد : (٥ / ٣٦٤) ، من مسند أبى خراش عن رجل ، سنن ابن ماجه : (٢ / ٨٢٦) ، كتاب الرهون باب : المسلمون شركاء فى ثلاث .

(٣) انظر سبل السلام للصنعانى : (٣ / ٨٦) ، نيل الأوطار للشوكانى : (٥ / ٣٠٦)، المدخل لدراسة الشريعة : ص ٢١٣ .

(٤) الأموال لأبى عبيد : ص ٣١١ .

(٥) انظر المدخل لدراسة الشريعة : ص ٢١٣ .

لأن الإنسان قد يروى أرضه ؛ لينبت فيها الكلأ ويرعى فيها ماشيته .

أما الآجام:

فهى جمع أجمة ، والأجمة هى الشجر الملتف(١) .

فالآجام هى : الأشجار الكثيفة فى الغابات أو الأرض غير المملوكة ، وهى مباحة إذا كانت فى أرض غير مملوكة ؛ وذلك لبقائها على الشركة الطبيعية إذ لا مالك لها(٢) .

وأما فى الأراضى المملوكة ، فهى ملك لأصحاب الأراضى وليست بمباحة؛ إذ الغابات تنبت على ملك صاحب الأرض وإن لم يوجد منه الإنبات ، والفرق بينهما وبين الكلأ أن الأراضى لا تقصد بالملكية لما فيها من الكلأ ، بل تقصد للزراعة ، والكلأ أحياناً يجىء على غير رغبة المالك أو على غير مقصوده فهو باق على الإباحة ؛ لأنه لم يقصد قصداً أصلياً فى الانتفاع بالأراضى ، ولم ينبت بفعل صاحب الأرض ، فلا وجه لخروجه عن أصل الإباحة ، أما الآجام فهى : المنفعة المقصودة من اقتناء الأراضى المشتملة عليها فالأرض تقتنى لأجل القائم فيها من أشجار وما عساه يقوم فيها ، وإذا كانت شيئاً مقصوداً بملكية الأراضى ، وهو من أوجه الانتفاع المقصود فى الملكية ، كانت تابعة للأرض فهى ملك لصاحبها، وليست باقية على الإباحة الطبيعية(٣).

---

(١) المصباح المنير : ص ٦ ماة أجم .

(٢) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ٥٠٥) ، الملكية ونظرية العقد للشيخ أبى زهرة: ص ١٤٥ .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٦ / ١٩٤) ، والملكية ونظرية العقد للشيخ أبى زهرة : ص١٤٥ .

وقد فرق الكاسانى بين الكلأ والآجام حيث قال : « فأما الكلأ فغير مقصود من المرج المملوك بل المقصود هو الزراعة ، ولو أن بقاراً رعى بقراً فى أجمة مملوكة لإنسان فليس له ذلك وهو ضامن لما رعى وأفسد من القصب ؛ لأن منفعة الأجمة - القصب والحطب - وهما مملوكان لصاحب الأجمة ، وإتلاف مال مملوك لصاحبه يوجب الضمان ، بخلاف الكلأ فى المروج ؛ لأنه يثبت على الإباحة دون الملك ، والدليل على التفرقة بينهما أنه يجوز له دفع القصب معاملة ، ولا يجوز دفع الكلأ معاملة ، والأصل المحفوظ فيه أن القصب والحطب يملكان بملك الأرض والكلأ لا »[١] .

وعلى ذلك لو ملك شخص أرضاً مباحة وفيها كلأ لا يملكه بتملك الأرض وإنما باحتشاشه وحمله ، وإذا كان فيها أشجار يملكها بما فيها ، ورغم إباحة الكلأ والآجام فى الأراضى العامة ،فإن من حق ولى الأمر استجابة للمصلحة العامة المعتبرة تخصيص مساحات معينة منه لأغراض خاصة ، كما فعل عمر ابن الخطاب - رضى الله عنه - فى تخصيص الحمى لنعم الصدقة اقتداء برسول الله ﷺ حين حمى النقيع للخيل الغازية[٢].

وكذلك الشأن فى أحطاب الغابات وأشجارها ، فلولى الأمر استجابة للمصالح العامة - تنظيم انتفاع الناس بها بما يقطع الخصومات والتزاحم عليها، وله أن يحول مساحات منها من ملكية الأمة (التى يشترك فيها كافة الأفراد) إلى ملكية الدولة بحيث تصبح ثمرتها من موارد بيت المال العام ، حيث تؤول فى النهاية إلى المصالح العامة[٣] .

---

(١) بدائع الصنائع : (٦ / ١٩٤) .

(٢) انظر الأموال لأبى عبيد : ص ٣٠٩ .

(٣) انظر الملكية الفردية لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى : ص ١٥٤ - ١٥٥ .

وبهذا يتبين أن الكلأ والآجام من مصادر الملكية الشائعة ، فلو استولى شخصان على أرض بها كلأ ، أو على غابة ، فهذا الكلأ وهذه الغابة بينهما ملكية شائعة ، وعلى هذا نصت مجلة الأحكام الشرعية حيث قالت : « إذا سبق جماعة إلى مباح كصيد وعنبر وحطب ونحو ذلك فأخذوه دفعة واحدة فهو مشترك بينهم بالسوية »[١] .

ولم يتكلم القانون عن ذلك رغم أن الغابات أصبحت من ثروات البلاد الآن، وهذا يبين لنا شمول الفقه الإسلامى لمصادر الملك .

إحياء الأرض الموات:

وهى : مشتقة من الموت وهو عدم الحياة ، وإحياء الموات : هو الأرض التى لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد ؛ وذلك لانقطاع الماء عنه ، أو لغلبة الماء عليه، أو أشبه ذلك مما يمنع الزراعة وسمى بذلك ؛ لبطلان الانتفاع به[٢] .

مشروعيته : ثبتت مشروعية إحياء الموات بالسنة النبوية فى أحاديث كثيرة منها.

عن جابر أن النبى ﷺ قال : « من أحيا أرضاً ميتة فهى له »[٣] .

وعن سعيد بن زيد قال : قال رسول الله ﷺ : « من أحيا أرضاً ميتة فهى

---

(١) مجلة الأحكام الشرعية : ص ٥٣٩ مادة (١٧٨٨) .

(٢) انظر اللباب شرح الكتاب : (٢ / ١٠٧) ، بدائع الصنائع : (٦ / ١٩٤) ، الدر المختار ورد المحتار : (٥ / ٢٨٦ - ٢٨٧) ، الهداية للمرغينانى : (١٠ / ٦٩ وما بعدها) ، الشرح الصغير : (٤ / ٨٧) ، القوانين الفقهية : ص ٢٩٠ ، كفاية الأخيار : (١ / ١٩٥) ، الروض المربع : ص ٣٢٧ ، ص ٣٢٨ .

(٣) صحيح البخارى مع شرح فتح البارى : (٥ / ٢٣) كتاب الحرث والمزارعة باب من أحيا أرضاً .

له ، وليس لعرق ظالم حق ..... »[١] .

وعن أسمر بن مضرس قال : « أتيت النبى ﷺ فبايعته فقال : من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له ، قال : فخرج الناس يتعادون يتخاطون »[٢] .

دلت هذه الأحاديث على إباحة الأرض الموات التى لا مالك لها ولم ينتفع بها أحد فيحييها الشخص بالسقى ، أو الزرع أو الغرس ، أو البناء ، أو بالتحويط على الأرض بمقدار ما يسمى حائطاً فى اللغة ، وتدل الأحاديث على أن الشرع أيضاً رغب فى الإحياء لحاجة الناس إلى موارد الزراعة ، وتعمير الكون ، مما يحقق لهم ثروة اقتصادية ، ويوفر لهم ثروة عامة[٣] .

شروط إحياء الموات :

مذهب الحنفية[٤] : الأرض الموات هى أرض خارج البلد ، لم تكن ملكاً لأحد ، ولا حقاً خاصاً له ، فلا يكون داخل البلد موات أصلاً ، وكذلك ما كان خارج البلد من مرافقها ، وكان محتطباً لأهلها ، أو مرعى لهم لا يكون مواتاً ، فلا يجوز عندهم إحياء ما قرب من العامر ؛ لأنه من مرافقه التابعة

---

(١) سنن أبى داود: (٣ / ١٧٨) ، كتاب الإمارة باب فى إحياء الموات ، ذكر فى مغنى الحديث :« أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ غرس أحدهما نخلاً فى أرض الآخر، فقضى لصاحب الأرض بأرضه ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها ».

(٢) سنن أبى داود : (٣ / ١٧٧) ، كتاب الإمارة باب إقطاع الأرضين والمعاداة هى : الإسراع فى السير والمراد بيتخاطون ، يعملون على الأرض علامات بالخطوط .

(٣) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ٥٥١) .

(٤) انظر بدائع الصنائع :(٦ / ١٩٤) ، الدر المختار ورد المحتار : (٥ / ٢٨٦ - ٢٨٧) ، اللباب شرح الكتاب : (٢ / ١٧٠) ، الهداية وتكملة الفتح : (١٠ / ٦٩ وما بعدها) .

له، ويترك مرعى لأهل القرية ، ومطرحاً لحصائدهم ؛ لتحقق حاجتهم إليها ، فلا يكون مواتاً كالطريق والنهر .

ولكن اشترط أبو يوسف والطحاوى أن يكون الموات بعيدا عن العمران بحيث لو وقف رجل على أدناها من العامر ونادى بأعلى صوته لم يسمعه من العامر وفى ظاهر الرواية ليس بشرط .

مذهب المالكية[١] : موات الأرض ما سلم عن اختصاص بإحياء (أى بسبب إحياء لها بشىء) ، أو ما كان حريماً لبلد كمحتطب ومرعى ، أو ما كان بإقطاع الإمام لأحد أو لجماعة من الناس، فإذا أقطع الإمام أرضاً لأحد ملكها، وإن لم يعمرها بشىء ، فله بيعها وهبتها ، وتورث عنه ، وليس هو من الإحياء بل هو تمليك مجرد ، أو ما كان بحمى الإمام .

وافتقر الإحياء إن قرب لإذن الإمام ، بخلاف البعيد فلا يفتقر لإذن من الإمام ، أى أن عند المالكية ، سواء أكانت الأرض قريبة من العمران أم بعيدة فإنه يجوز إحياؤها ، إلا أن القريبة تحتاج إلى إذن الإمام .

مذهب الشافعية[٢] : حد الموات عندهم : ما لم يكن عامراً ، ولا حريماً لعامر ، قرب من العامر أو بعد ، أو هو الأرض التى لم يعمر فى بلاد الإسلام ، ولا يملك بالإحياء حريم معمور ، وهو ما تمس الحاجة إليه ؛ لتمام الانتفاع ، مثل مرتكض الخيل ، ومناخ الإبل ، ومطرح الرماد ونحوها .

مذهب الحنابلة[٣] : الموات هو : الأرض التى ليس لها مالك ، ولا بها ماء

---

(١) انظر الشرح الكبير للدرديرى : (٤ / ٦٦) ، الشرح الصغير : (٤ / ٨٧ وما بعدها) ، والقوانين الفقهية : ص ٢٩٠ .

(٢) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ٣٦١ وما بعدها) ، الأم : (٤ / ٤١) .

(٣) انظر كشاف القناع : (٤ / ١٨٥ - ١٨٧) ، المغنى : (٦ / ١٥٢) .

ولا عمارة ، ولا ينتفع بها ، أو هى : الأرض المنفكة عن الاختصاصات وملك معصوم لكن لا يجوز إحياء ما قرب من العامر وتعلق بمصالحه ، من طرقه ، ومسيل مائه ، ومطرح قمامته ، وملقى ترابه وآلاته ، والمتعلق بمصالح القرية ، كفنائها ، ومرعى ما شيتها ومحتطبها ، ومسيل مائها ، وما قرب من العامر لكنه لا يتعلق بمصالحه ملك بإحياء كالبعيد عنه ، والحد الفاصل بين القريب والبعيد يتحدد بالعرف .

والخلاصة فى هذه النقطة : أن الفقهاء اتفقوا فى بعض الشروط واختلفوا فى بعضها : فهم اتفقوا على ألا تكون الأرض مملوكة لأحد ، وأن تكون خارجة عن العمران ، فإذا كانت داخلة فى العمران لا تعتبر مواتاً حتى ولو كانت غير منتفع بها بأى مرفق من المرافق .

ومن الشروط المختلف فيها كون هذه الأرض بعيدة عن العمران على النحو الذى بيناه فى المذاهب .

كيفية الإحياء وطرقه :

وإحياء الأرض يكون بجعلها صالحة للانتفاع بها بإزالة السبب المانع من الانتفاع ، فإذا كان سبب مواتها انقطاع مائها يكون إحياؤها بجر الماء إليها ، أو حفر بئر فيها ، وإذا كان السبب غمر الماء لها يكون إحياؤها بتجفيف الماء وبناء السدود حولها حتى لا يطغى عليها الماء مرة أخرى ، وإذا كان الموات بسبب فساد تربتها يكون الإحياء بحرثها وريها وإصلاح تلك التربة الفاسدة ، وإذا كانت الأرض تراد للبناء يكون إحياؤها ببناء سور عليها وتقسيمها ؛ لتكون معدة للبناء عليها ؛ وهكذا فى كل نوع بما يناسبه على تفصيل المذاهب[1] :

---

(١) انظر اللباب شرح الكتاب : (٢ / ١٦٨) ، الهداية وتكملة فتح القدير : (١٠ / ٧٢ - ٧٣) .

قال الحنفية : إصلاح الأرض الموات : يكون بالبناء أو الغرس أو الكراب (قلبها للحرث) ، أو إقامة المسناة (السد : وهو ما يبنى ليرد ماء السيل وهو الجسر) ، أو شق النهر ، أو إلقاء البذور ، أو السقاية مع حفر الأنهار ، أو التحويط والتسنيم[١] بحيث يعصم الماء ؛ لأنه من جملة البناء .

وقال المالكية[٢] : الإحياء يكون بالبناء والغرس والزراعة ، والحرث وإجراء المياه فيها وغير ذلك وقد عد صاحب الشرح الصغير أموراً سبعة يحصل بها الإحياء منها :

الأول: بتفجير ماء لبئر أو عين ، فيملك به وكذلك تملك الأرض التى تزرع به .

الثانى: بإزالة الماء منها حيث كانت الأرض غامرة بالماء .

الثالث: بالبناء فى الأرض .

الرابع: بسبب غرس الشجر فيها .

الخامس: بتحريك الأرض وحرثها .

السادس: يكون بسبب قطع شجر بها بنية وضع يده عليها .

السابع: بسبب كسر حجرها مع تسوية الأرض .

وقال الشافعية:

والإحياء الذى يملك به أن يعمر الأرض لما يريده ، ويرجع فى ذلك إلى

---

(١) التسنيم : الارتفاع أى تحويط شىء من الأرض المعجم الوسيط : مادة (سنم) .

(٢) انظر القوانين الفقهية لابن جزى : ص ٢٩٠ ، الشرح الصغير للدردير : (٣ / ٩٣) ، الشرح الكبير للدردير : (٤ / ٦٩) .

العرف ؛ لأن النبى ﷺ أطلق الإحياء ولم يبين ، فحمل على المتعارف ، فإن كان يريد أن يبنى داراً للسكنى ينبغى أن يبنى سور الدار من اللبن والآجر والطين والجص إن كانت عادتهم ذلك ، أو القصب أو الخشب إن كانت عادتهم ذلك ، وإن أراد حظيرة فيكتفى بالتحويط بالبناء بحسب العادة ، وإن أرادها للزراعة كذلك فيعد الأرض بأن يشق لها الأنهار أو يحفر لها الآبار وكذلك كل نوع بحسبه[1] .

وقال الحنابلة[2] :

إحياء الأرض : أن يحوط عليها حائطاً منيعاً ، سواء أرادها للبناء أم للزرع، أم حظيرة للغنم أو لغيرها ؛ لقول النبى ﷺ « من أحاط حائطاً على أرض فهى له »[3] .

وكالحائط إجراء ماء للأرض من نهر أو بئر إن كانت لا تزرع إلا به ، أو حفر بئر فيها ينبع منها الماء ، ومثل الحائط أن يغرس فيها شجراً ، أو أن يمنع عن الموات فلا يمكن زرعها إلا بحسبه .

فالإحياء يكون إما بالتحويط المنيع أو إيجاد الماء أو غرس الشجر .

وقد اتفق الفقهاء على أن الإحياء لابد وأن يكون بفعل يجعلها منتفعاً بها ، فلو فعل المستولى عليها فعلاً لا يجعلها منتفعاً بها كأن سورها بوضع الأحجار حولها ، أو وضع علامات تثبت سبق يده إليها ، أو قطع ما بها من حشائش، أو تنقية ما بها من أشواك ثم تركها على ذلك لا يكون فعله إحياء ، بل يسمى

---

(١) انظر المهذب : (١ / ٤٢٤) ، مغنى المحتاج : (٢ / ٣٦٥) .

(٢) انظر كشاف القناع : (٤ / ١٩١) .

(٣) سنن أبى داود : (٣ / ١٧٩) ، كتاب الإمارة باب فى إحياء الموات .

فى عرف الفقهاء بالتحجير ، وسمى بذلك إما ؛ لأنهم كانوا يضعون الأحجار حولها ، وإما لأنه بفعله هذا قد حجر على غيره إصلاحها[١] .

ولا يثبت بهذا التحجير ملك بل يجعل صاحبه أولى بإحيائها من غيره ، وينتظر عليه لمدة ثلاث سنين ، فإن أحياها فيها ملكها ، وإلا أخذت منه وأعطيت لغيره ؛ لأنه يتبين فى هذه الحالة أنه عاجز عن إحيائها ، أو متعنت فى فعله ، ومثل هذا يكون تضييعاً للمصالح على نفسه وعلى غيره[٢] .

قال الشيرازى : « وإن طالت المدة ولم يتمم قال له السلطان : إما أن تعمر وإما أن ترفع يدك ؛ لأنه ضيق على الناس فى حق مشترك بينهم فلم يمكن منه، وإن سأل أن يمهل أمهل مدة قريبة فإن انقضت المدة ولم يحى فبادر غيره فأحيا ملك ؛ لأنه لا حق له بعد انقضاء المدة »[٣] .

وأما تحديد مدة الانتظار بثلاث سنين فقد روى أبو يوسف بسنده عن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه - أنه قال على المنبر : « من أحيا أرضاً ميتة فهى له، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين » وذلك أن رجالاً كانوا يحتجرون من الأرض ما لا يعملون[٤] .

هذا ما اتفق عليه الفقهاء فى هذا الموضع ، وهو أنه يمهل ثلاث سنوات ، ثم تؤخذ عنه جبراً إذا لم يقم بإحيائها .

---

(١) انظر الهداية : (١٠ / ٧٢) ، والشرح الصغير : (٤ / ٩٣) ، ومغنى المحتاج : (٢ / ٣٦٦) ، والمهذب : (١ / ٤٢٥) ، وكشاف القناع : (٤ / ١٩١) ، المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى للدكتور مصطفى شلبى : ص ٣٧٢ - ٣٧٣ .
(٢) انظر الهداية : (١٠ / ٧٢) ،والمدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى : ص ٣٧٣ .
(٣) المهذب : (١ / ٤٢٥) ، ومغنى المحتاج : (٢ / ٣٦٦ - ٣٦٧) .
(٤) انظر الخراج لأبى يوسف : ص ٦٥ .

إذن الإمام:

اختلف الفقهاء فى ذلك فذهب أبو يوسف ومحمد والشافعى وأحمد وابن حزم إلى أن الأرض الموات من الأموال المباحة ، وهى لا تحتاج فى تمليكها إلى إذن من الإمام فكذلك الأرض الموات ؛ ولأن الحديث الذى بين الطريق التى تملك به لم يقيد ذلك بالإذن[١] .

وقال المالكية : إذا كانت الأرض قريبة من العمران افتقر إحياؤها إلى إذن الإمام بخلاف البعيدة من العمران[٢] .

وذهب أبو حنيفة[٣] إلى أن الملك لا يثبت بمجرد الإحياء ، بل لابد من إذن الإمام أو نائبه ، واستدل له بحديث : « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه »[٤] وأن الأرض وإن كانت مباحة إلا أنه قد يتزاحم الناس عليها فتقع الشحناء بينهم ، فمنعاً لهذا يشترط إذن الإمام ؛ لأنه بماله من الولاية العامة يستطيع قطع أسباب الخصام ، فلا يأذن بما ليس فيه ضرر[٥] .

ونحن نوافق الحنفية فيما ذهبوا إليه فى اشتراط إذن الإمام وبخاصة فى العصر الحديث ؛ لتنظيم هذا الحق خشية التصارع عليه ؛ ولأن الحاكم هو ممثل الأمة الإسلامية المالكة للمباح ، فلابد من إذنه نيابة عنها ؛ ولأن عموم لفظ

---

(١) انظر الخراج لأبى يوسف : ص ٦٤ ، والمهذب : (١ / ٤٢٣) ، والروض المربع : ص ٣٢٧ : ٣٢٨ ، والمحلى : (٨ / ٢٣٣) .

(٢) انظر القوانين الفقهية لابن جزى : ص ٢٩٠ .

(٣) الهداية وتكملة الفتح : (١٠ / ٧٠) .

(٤) نصب الراية للزيلعى : (٤ / ٢٩٠) .

(٥) انظر المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى : ص ٣٧٤ .

« من أحيا » لا يمنع أن يكون فعله بعد إذن الإمام الذى لم ينص عليه اكتفاء بمعرفة الناس له وهو ما اختاره أستاذنا الدكتور محمد بلتاجى وقال : «ونستأنس لذلك بأن إقطاع الأرض عامرة كانت أم مواتا لم يكن يحدث فى صدر الإسلام إلا بفعل الإمام الذى يقوم مقام الإذن فى إحياء الموات »[١].

ولقد رجح أبو يوسف القول بعدم الاشتراط إلا فى صورة الضرر أو الخصومة حيث قال : أما أنا فأرى إذا لم يكن فيه ضرر على أحد ولا لأحد فيه خصومة، أن إذن رسول الله ﷺ جائز إلى يوم القيامة[٢] فإذا جاء الضرر ، فهو على الحديث : « وليس لعرق ظالم حق »[٣] .

أما إحياء الموات فى القانون المدنى المصرى ، فرغم أن الأراضى الموات من الأشياء المباحة بمقتضى طبيعتها ، إلا أنها معتبرة فى القانون المدنى من أملاك الدولة ، وقد نصت على ذلك المادة (٨٧٤ / ١) ، حيث قضت بأن : «الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكاً للدولة » . والقانون فى هذا قريب من مذهب الحنفية .

ومن هذا يفهم أن الحكومة قد اعتبرت الأراضى التى لا مالك لها وليست مزروعة ملكاً لها ، وعلى هذا الأساس لم يكن الاستيلاء على الأراضى الموات فى القانون كافياً للملكية كالشأن فى كل الأموال المباحة .

وقد عبرت المادة السابقة بالأراضى غير المزروعة ، وربما شمل ذلك الموات

---

(١) منهج عمر بن الخطاب فى التشريع لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى : ص ١٩٥ - ٢٠١ ، الخراج ليحيى بن آدم : ص ٩٣ ، الملكية الفردية : ص ١٥٢ .

(٢) انظر الخراج لأبى يوسف : ص ٦٤ .

(٣) سبق تخريج هذا الحديث : ص ١٥٩

وغيره من الأراضى ؛ إذ قد يكون من الأراضى غير المزروعة ما هو صالح للزراعة أيضاً فإن القانون لم يعتبر مجرد إحياء الموات سبباً للملكية ، بل اشترط أن يكون مع ذلك ترخيص من الدولة ؛ ليكون الملك تماماً ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٨٧٤) من القانون المدنى على أنه : « لا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليه إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح ... » وهو فى هذا يقترب من مذهب أبى حنيفة فى اشتراط إذن الإمام فى الإحياء .

« وموضع الخلاف بين الفقه والقانون أن القانون المدنى اعتبر وضع اليد بالإذن سبباً للملكية مع أن أحداً من الأئمة لم يقل ذلك فى الإحياء ؛ لأن التحجير لا يعتبر سبباً للملكية باتفاق الأئمة ، إلا إذا فرضنا أن الإذن من الحكومة تمليك وهبة ، وعلى ذلك لا يكون السبب فى الملكية وضع اليد ، ولكن السبب الهبة والإعطاء »[1] .

وقد استثنت الفقرة الثالثة من المادة (٨٧٤) مما سبق « أنه إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها ، أو بنى عليها ، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة ، ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتمليك».

قال الشيخ محمد أبو زهرة : « والقانون فى ذلك يختلف مع الأقوال الراجحة فى الشريعة ، وهو سقوط الملكية بعد الزرع والإحياء إذا ترك الإحياء خمس سنوات ، فإن أكثر الفقهاء لا يقرون سقوط الملك بعد الإحياء ولو عاد

---

(١) انظر الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبى زهرة : ص ١٢٥ .

مواتاً ، وخالف فى ذلك مالك فقط ، ومع ذلك لا نرى فى مذهبه تقدير الترك بخمس سنوات ، ولا تقييدها بأن يكون فى مدة خمسة عشر عاماً من تاريخ الإحياء »[١] .

ويمكن أن تعدل المادة السابقة على أن من يترك أرضه دون أن يزرعها فإنه يغرم غرامة مالية ويعد ذلك تعزيراً له ، لأنه يعرض زرع جيرانه لضرر ، وأيضاً بتبويره الأرض فإن ذلك يؤدى إلى ضعف الإنتاج العام للدولة مما قد يؤثر على الأفراد ، وربما أدى ذلك أيضاً إلى ضعف الأرض ، وهذا ما تفعله الآن الجمعيات التعاونية الزراعية فيمن يترك الأرض بوراً دون زراعتها .

الاستيلاء على المعادن والكنوز:

تعريف المعادن : المعادن أو الفلزات هى ما يوجد فى باطن الأرض من أصل الخلقة ، كالذهب والفضة ، والنحاس والحديد ، والرصاص ، والمعدن جزء من الأرض[٢] .

وقد اختلف الفقهاء فى المعادن هل تعتبر من الأموال المباحة التى تملك بالاستيلاء عليها أو لا ؟

والمعادن كما قسمها الحنفية ثلاثة أنواع : فهى إما معادن جامدة صلبة تقبل الطرق والسحب كالذهب والفضة ، وإما معادن صلبة لا تقبل الطرق والسحب كالماس والياقوت ، وإما معادن سائلة كالزئبق والبترول[٣] .

---

(١) الملكية ونظرية العقد : ص ١٢٥ .

(٢) الفلز : عنصر كيماوى يتميز بالبريق المعدنى والقابلية لتوصيل الحرارة والكهرباء والفلز من الرجال الشديد الغليظ الصلب ، المعجم الوسيط مادة فلز .

(٣) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ٨٧٩)، بدائع الصنائع : (٢ / ٦٧ - ٦٨).

وقد ذهب المالكية إلى اعتبار كل هذه المعادن بأنواعها ملكاً لعموم المسلمين أى للدولة ، سواء وجدت فى أرض مملوكة أو غير مملوكة وللدولة أن تتصرف فيها كما تشاء بما يحقق المصلحة العامة للمسلمين ؛ لأنها ملكهم ، وما الدولة إلا نائبة عنهم فى التصرف فيها بما يعود عليهم بالنفع ، فلها أن تقطعها لفرد أو شركة لمدة معينة بأجر معلوم على سبيل الانتفاع والاستغلال ، لا على سبيل التمليك ؛ إذ لا يجوز للدولة أن تملكها لأحد[1] .

قال الدرديرى : « وحكم المعدن مطلقاً سواء كان معدن عين أو غيره للإمام أى السلطان أو نائبه ، أن يقطعه لمن شاء من المسلمين ، أو يجعله فى بيت المال لمنافعهم ، لا لنفسه ولو وجد بأرض شخص معين ، ولا يختص به رب الأرض »[2] .

وقال الباجى[3] : « وإذا أقطعه لأحد فإنما يقطعه له انتفاعاً لا تمليكاً فلا يجوز لمن أقطعه له الإمام أن يبيعه »[4] .

وقال ابن القاسم[5] : ولا يورث عمن أقطعه له ؛ لأن مالا يملك لا يورث[6].

ويعلل المالكية هذا الرأى بأن المسلمين (الدولة) ملكوا هذه المعادن يوم

---

(١) انظر المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان : ص ٢١٤ .

(٢) الشرح الصغير : (١ / ٢٤٦ - ٢٤٧) .

(٣) أبو الوليد سليمان بن خلف الباجى : (٤٠٣ - ٤٧٤ هـ) .

(٤) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير : (١ / ٤٨٧) .

(٥) عبد الرحمن بن القاسم : صاحب مالك وتلميذه المصرى (١٢٨ - ١٩١ هـ) .

(٦) انظر حاشية الدسوقى : (١ / ٤٨٧) .

استولوا عليها باستيلائهم على الأرض فتبقى هذه الملكية للدولة ، وإن وزعت هذه الأراضى على الغانمين أو صارت لغيرهم ؛ لأن من يملك هذه الأرض يملك ظاهرها فقط ، باعتبار أن الأرض إنما تملك عادة بقصد استغلالها بالزراعة والعمارة ، فلا يكون المقصود من تملكها تملك ما فيها من معادن فى باطنها، وعلى هذا تبقى ملكية الدولة لهذه المعادن كما كانت أولاً [١].

فالمعتمد أنها كلها للإمام ؛ لأن المعادن قد يجدها شرار الناس فلو لم يكن حكمه للإمام لأدى إلى الفتن والهرج[٢] .

وعلى هذا التصوير المالكى لا يكون الاستيلاء على المعادن من أسباب الملكية حتى ولو كان المعدن فى أرض مملوكة ، ومذهب المالكية يتفق مع النظرة الحديثة للدول فى ملكية المعادن .

وأما الواجب فى المعدن فهو الزكاة : وهى ربع العشر إن كان نصاباً ، فإن كان دون النصاب فلا شىء فيه إلا أن يخرج بعد ذلك تمام النصاب من نيله ، ثم يزكى ما يخرج بعد ذلك من قليل أو كثير مادام النيل قائماً ، ولا حول فى زكاة المعدن ، بل يزكى لوقته كالزرع[٣] .

وأما الركاز فهو الكنز:

ويختلف حكمه باختلاف الأرض التى وجد فيها وذلك أربعة أنواع :

الأول : أن يوجد فى الفيافى ويكون من دفن الجاهلية فهو لواجده وفيه

(١) انظر المدخل لدراسة الشريعة للدكتور عبد الكريم زيدان : ص ٢١٤ .

(٢) انظر حاشية الدسوقى : (١ / ٤٨٧) .

(٣) انظر السابق : (١ / ٤٨٦) ، القوانين الفقهية لابن جزى : ص ٩١ .

الخمس لبيت المال إن كان ذهباً أو فضة وإن كان غيرهما لا شىء فيه وقيل : الخمس .

الثانى: أن يوجد فى أرض متملكة فقيل: لواجده وقيل يكون لمالك الأرض.

الثالث: أن يوجد فى أرض فتحت عنوة فقيل : يكون لواجده ، وقيل : للذين افتتحوا الأرض .

الرابع: أن يوجد فى أرض فتحت صلحاً فقيل : لواجده وقيل : لأهل الصلح، وهذا كله إذا لم يكن بطابع المسلمين ، فإن كان بطابع المسلمين فحكمه حكم اللقطة ، يعرف سنة إذا لم يعلم صاحبه أو وارثه ، فإن لم يعرف فمحله هو بيت مال المسلمين(١) .

المعادن عند الحنفية:

ذهب الحنفية إلى اعتبار أن المعادن تابعة للأرض فتأخذ حكمها ، فإن كانت فى أرض مملوكة فهى لمالك الأرض ، وإن كانت فى أرض مباحة فهى مباحة وتكون لواجدها أى لمن يستولى عليها ويحوزها .

وحجة هذا الرأى أن المعادن جزء من الأرض والجزء يأخذ حكم الكل (أى الأرض) ، فإذا كان مملوكاً كان جزؤه (المعدن) مملوكاً ، وإذا كان الكل غير مملوك فالجزء مثله فى الحكم أى غير مملوك ، وعلى ذلك يكون الاستيلاء على المعادن سبباً من أسباب الملك التام إذا كانت فى أرض غير مملوكة(٢) .

---

(١) انظر القوانين الفقهية : ص ٩١ ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ٥٨٤ - ٥٨٥) .

(٢) انظر المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى للدكتور مصطفى شلبى : ص ٣٧٨ ، المدخل لدراسة الشريعة للدكتور زيدان : ص ٢١٤ .

وأنواع المعادن عند الحنفية ثلاثة أنواع[1] :

١ - معادن صلبة - تتمدد بالحرارة وقابلة للطرق والسحب ، فتصنع منه الصفائح والحلى والأسلاك ، أو هو كما قال الكاسانى : ما يذوب بالإذابة ، وينطبع بالحلية ، كالذهب والفضة والحديد والرصاص والنحاس ونحو ذلك .

٢ - ما لا يقبل الطرق والسحب ، أو ما لا يذوب بالإذابة كالماس ، والياقوت والبللور ، والعقيق والزمرد ، والفيروزج[2] ، والكحل والزرنيخ والجص والنورة ونحوها [3].

٣ - المعادن السائلة أو المائعة ، كالنفط والقار ونحوها من الزيوت المعدنية، وليس هناك سبب مقنع لهذه التفرقة ، فكل هذه المعادن أصبحت من ثروات البلاد وأصبحت الآن تستغل ، وأصبح لها قيمة .

وحكم ملكيتها وزكاتها عندهم[4] .

أوجب الحنفية الخمس فى النوع الأول دون الآخرين على التفصيل الآتى :

أ - إن كان فى أرض غير مملوكة فى دار الإسلام ، وكان مما يقبل الطرق والسحب كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص قليلاً أو كثيراً ، يكون

---

(١) انظر بدائع الصنائع للكاسانى : (٢ / ٦٧ - ٦٨) ، المبسوط للسرخسى : (٢ / ٢١٢ - ٢١٣) .

(٢) الفيروز أو الفيروزج : حجر كريم غير شفاف معروف بلونه الأزرق أو أميل للخضرة يتحلى به .

(٣) النورة : حجر الكلس (الجير) ، المعجم الوسيط مادة (نور) .

(٤) انظر بدائع الصنائع : (٢ / ٦٧ - ٦٨) ، المبسوط : (٢١١ - ٢١٣) ، الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى : (٥ / ٥٨٠ - ٥٨١) .

فيه الخمس لبيت المال كالواجب فى الغنيمة والباقى ، وهو الأربعة أخماس لمن عثر عليه كائناً من كان إلا الحربى المستأمن ، فإنه يسترد منه الكل ، وهذا النوع لا يشبـه شيئاً مـن أجزاء الأرض فيبـقى هو المراد بـالركاز فى الحـديث « وفى الركاز الخمس »[1] ؛ ولأن الركاز يشمل المعدن ، والـكنز ، وهو عندهم ركاز سواء كان ذهباً أم فضة أو غير ذلك .

ب - وإن كان المعدن مما لا يقبل الطرق ، والسحب : كالماس ، والياقوت، وسائر الأحجار الكريمـة فلا خمس فيه ، ويكون كله للواجـد ، ووجهتهم فى ذلك أن هذه الأنواع وإن كانت معتبرة كـأجزاء الأرض إلا أنها تختلف فى هذا المعنى ، فـهذه المعادن التى لا تقبـل الطرق والسحب ، ما هـى إلا أحجار من جنس الأرض فأشبهـت الحجر والطين والتراب ، وهذه الأشياء لا يـجب فيها شىء .

جـ - وإن كان المعدن مائعاً كالنفط والقار ، فلا شىء فيه لبيت المال ويكون كله للواجد ؛ لأنه مـاء ، وأنه مما لا يقصد بالاستيلاء ، ولا يعتـبر من الغنائم فيجب فيه الخمس .

د - وإن وجد المعـدن - الذى يقبـل الطرق والسـحب - فى أرض مملـوكة لبعض الناس ، أو دار أو منزل أو حانـوت فلا خلاف فى أن الأربعة الأخماس لصاحب الملـك وجده هو أو غيره ؛ لأن المعدن من تـوابع الأرض ؛ ولأنه من أجزائها التى خلق فيها .

والخمـس الذى يؤخذ يـكون لبـيت المال - الخـزانة العامـة - ليصـرف فى المصالح الـعامة ، وباقيه وهو أربعـة أخماسه يكون للـواجد إن وجد فى أرض

---

(١) صحيـح البخارى مع فـتح البارى : (٣ / ٤٢٦) ، كـتاب الزكاة باب فـى الركاز الخمس .

غير مملوكة ، ولمالك الأرض إن كان فى أرض مملوكة[١] .

ولكن قد أصبح البترول الآن من مصادر ثروة البلاد ، وأصبح يقاس غنى البلد بما تملكه من هذه المعادن ، وأصبحت الدولة تصرفها فى المصالح العامة للبلاد فيجب فيه الزكاة .

الكنز:

الكنز هو المال الذى دفنه بنو آدم فى الأرض[٢] .

فإن كان الكنز إسلامياً : بأن وجد عليه علامة الإسلام ، كالمصحف والدراهم المكتوب عليها « لا إله إلا الله محمد رسول الله » ووجد فى أرض غير مملوكة كالجبال ونحوها ، كان بمنزلة اللقطة فيجب على واجده التعريف به، ثم الانتفاع به إن كان فقيراً ، والتصدق به إن كان غنياً ؛ لأنه إذا كان به علامة الإسلام كان مال المسلمين ، ومال المسلمين لا يغنم ، إلا أنه مال لا يعرف مالكه فيكون بمنزلة اللقطة[٣] .

وإن كان به علامة الجاهلية ففيه الخمس لبيت المال ، وأربعة أخماسه للواجد بلا خلاف .

وإن لم يكن به علامة الجاهلية ولا علامة الإسلام فقيل : يأخذ حكم اللقطة، ولا يكون له حكم الغنيمة لأن عهد الإسلام قد طال ، فالظاهر أنه لا يكون من مال الكفرة بل من مال المسلمين لم يعرف مالكه ، فيعطى له حكم

(١) انظر المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى : ص ٣٨١ .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٢ / ٦٥) .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٢ / ٦٥) .

اللقطة ، وقيل : حكمه حكم الغنيمة ؛ لأن الكنوز غالباً بوضع الكفرة .

وإن كان الكنز فى أرض مملوكة وجب فيه الخمس بلا خلاف ؛ لأن الكنز ليس من أجزاء الأرض .

وإن وجد الكنز فى دار الحرب : فإن وجد فى أرض غير مملوكة لأحد ، فهو للواجد ، ولا خمس فيه ؛ لأنه مال أخذه، لا بطريق القهر والغلبة ، وإن وجد فى أرض مملوكة ، ففيه الخمس بلا خلاف ، والباقى للمالك عند أبى حنيفة ومحمد ، وعند أبى يوسف للواجد ؛ لأنه مال سبقت يده إليه(١) .

المستخرج من البحر:

فأما المستخرج من البحر : كاللؤلؤ والمرجان والعنبر ، وكل حلية تستخرج من البحر لا شىء فيه لبيت المال عند أبى حنيفة ومحمد ، وجميعه للواجد ، بدليل ما روى عن ابن عباس - رضى الله عنهما - أنه سئل عن العنبر فقال : هو شىء دسره البحر لا خمس فيه ؛ ولأن يد الكفرة لم تثبت على باطن البحار التى يستخرج منها اللؤلؤ والعنبر ، فلم يكن المستخرج منها مأخوذاً من أيدى الكفرة على سبيل القهر، فلا يكون غنيمة ، فلا يكون فيه الخمس(٢) .

وعند أبى يوسف : فى كل ما خرج من البحر من الحلى والجواهر الخمس لبيت المال والباقى لواجده أو مستخرجه ، بدليل أن عمر - رضى الله عنه - كتب لعامل له وجد لؤلؤة - بأن فيها الخمس ، وبأن الكفار كانوا يملكون

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٢ / ٦٥ - ٦٦) ، المبسوط : (٢ / ٢١٣ - ٢١٤ - ٢١٥) .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٢ / ٦٨) ، الأموال لأبى عبيد : ص ٣٥٥ .

الأرض كلها براً وبحراً ، فيكون كل ما يصير من أموالهم إلينا غنيمة ، وفى الغنائم الخمس[١] .

وذكر أبو عبيد أقوالاً مختلفة ، منها كما قال أبو حنيفة ومحمد ، ومنها قول لعمر ، وعمر بن عبد العزيز : أن معادن البحر كمعادن البر فيها الزكاة إذا بلغت نصاباً [٢] .

وقول أبى يوسف هو الأولى بالاتباع فى الظروف الحاضرة بعد أن تطورت وسائل الصيد ، وأصبح ما يستخرج من البحر من ضمن مصادر الثروة فى العصر الحاضر ، وأصبحت هذه الأشياء مصدراً هاماً من مصادر الدخل القومى.

المعادن عند الشافعية [٣]:

المعدن عندهم ما تولد من الأرض وكان من غير جنسها فهو جزء من الأرض ويفرقون بين نوعين من المعادن .

المعادن الظاهرة : وهى ما برزت بلا عمل ويتوصل إليها بلا مؤنة ، وإنما العمل والجهد فى تحصيلها كالنفط والقار والملح والكبريت ، وهذه المعادن لا يجوز إقطاعها لأحد من الناس سواء إقطاع تمليك، أو إقطاع إرفاق، بل هى للجميع ينتفعون بها ، ولا تملك بإحياء أرض موات وجدت فيها ؛ لأن هذه الأمور مشتركة بين الناس كالماء والكلأ ؛ ولأنها ليست من أجزاء الأرض فلم يملكها من أحيا الأرض بملك الأرض ؛ ولأنه ﷺ أقطع رجلا ملح مأرب فقال

---

(١) بدائع الصنائع : (٢ / ٨٦) .

(٢) انظر الأموال لأبى عبيد : ص ٣٥٦ .

(٣) انظر مغنى المحتاج: (١ / ٣٩٤ - ٣٩٥ - ٣٩٦) ، المهذب (١ / ٤٢٤ - ٤٢٦)، الأحكام السلطانية للماوردى : ص ١٩٧ ، كفاية الأخيار : (١ / ١١٧) .

رجل : يا رسول الله ! إنه كالماء العِدِّ (أى الماء الجارى العذب) قال : « فلا إذن »[١] .

والمعادن الباطنة : وهى ما كان جوهره مستكناً فى الأرض ، ولا يتوصل إليه إلا بالعمل : كمعادن الذهب والفضة والحديد ، فهذه وما أشبهها معادن باطنة ، سواء احتاج المأخوذ منها إلى سبك وتخليص ، أو لم يحتج ، وفى جواز إقطاعها قولان : أحدهما : لا يجوز كالمعادن الظاهرة وكل الناس فيها شرع (أى سواء) والقول الثانى : يجوز .

ومن أحيا أرضاً مواتاً ، فملكها بذلك ، فظهر فيها معدن باطن : كالذهب أو الفضة ملكه عند الشافعية ؛ لأنه بالإحياء ملك الأرض بجميع أجزائها ومن أجزائها المعدن ؛ ولأنه موات لا يتوصل إلى ما فيه إلا بالعمل والإنفاق فملكه بالإحياء كموات الأرض ، وهناك قول ثان : أنه لا يملك ؛ لأنه يحتاج فى كل جزء يأخذه إلى عمل فلا يملك منه إلا ما أخذه ، ويخالف موات الأرض ، وحفر المعدن يحتاج إلى تكرار عند كل انتفاع فمجرد الاكتشاف لا يكون سبباً لملك المعادن .

ومن سبق فى الموات إلى معدن ظاهر ، فهو أحق بما ينال منه دون أن يملكه؛ لقول النبى ﷺ :« من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له »[٢] .

والخلاصة : أن المعادن الظاهرة للدولة فى ظاهر المذهب عند الشافعية ، وأما المعادن الباطنة فلا يملكها مكتشفها ، وتكون للدولة أيضاً ، فإن ظهرت

---

(١) سنن أبى داود : (٣ / ١٧٥) ، كتاب الخراج والإمارة والفىء باب فى إقطاع الأرضين ، ولم يوجد فيه « فلا إذن » ولكن فيه « فانتزع منه » .

(٢) سبق تخريج هذا الحديث فى إحياء الموات : ص ١٥٩ .

المعادن فى أرض أحياها شخص فيملك المحيى المعدن[١] .

وزكاته[٢] : إنه إذا استخرج مسلم من موات الأرض أو من أرض يملكها نصاباً من الذهب والفضة وجب عليه الزكاة ؛ لأن النبى ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزنى المعادن القبلية ، وأخذ منه الزكاة ، وإن وجد فى أرض مملوكة لغيره فهو لصاحب الأرض ، ويجب دفعه إليه ، فإذا أخذه مالكه وبلغ نصاباً وجب عليه زكاته .

وإن وجد شيئاً غير الذهب والفضة كالحديد والرصاص وغيرها ، لم تجب فيها الزكاة ؛ لأنها ليست من أموال الزكاة : فلم يجب فيها حق المعدن ، وإن وجده دون النصاب لم تلزمه الزكاة ، لأن ذلك زكاة ، والزكاة لم تجب فى غير النصاب .

ويجب حق المعدن بالوجود ، ولا يعتبر فيه الحول فى أظهر القولين ؛ لأن الحول يراد لتكامل النماء ، وبالوجود يصل إلى النماء ، فلم يعتبر فيه الحول كالعشر .

وفى النصاب عندهم ثلاثة أقوال : ربع العشر ؛ لأنا قد بينا أنه زكاة ، وزكاة الذهب والفضة ربع العشر ، والثانى الخمس كالركاز . والثالث أنه إن أصابه من غير تعب وجب فيه الخمس ، وإن أصابه بتعب وجب فيه ربع العشر؛ لأنه حق يتعلق بالمستفاد من الأرض فاختلف قدره باختلاف المؤن كزكاة الزرع[٣] .

---

(١) انظر مراجع الشافعية السابقة والفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ٥٨٧) .
(٢) انظر المهذب : (١ / ١٦٢) .
(٣) انظر المهذب : (١ / ١٦٢) .

وأما الركاز : وهو دفين الجاهلية ، فيجب فيه الخمس ، لقوله ﷺ : « وفى الركاز الخمس ... » ، ولا يشترط فيه الحول ، وهذا فى الموجود الذى هو جاهلى أى قد وجد عليه ضرب الجاهلية الذين كانوا قبل الإسلام وسموا بذلك؛ لكثرة جهالتهم ، ويعرف ضربهم بأن يكون عليه اسم ملك من ملوكهم أو صليب ، أما إذا وجد فى موات فهو لواجده ، ولو كان الموجود عليه ضرب الإسلام بأن كان عليه شىء من القرآن أو اسم ملك من ملوك الإسلام لم يملكه الواجد بمجرد الأخذ ، بل يجب عليه أن يرده إلى مالكه إن علمه ، فإن لم يعلم الواجد صاحبه ، فالصحيح أنه لقطة يعرفه الواجد سنة - وقيل : هو مال ضائع يمسكه الواجد للمالك أبداً ، أو يحفظه الإمام فى بيت المال ، ولا يملك بحال[1] .

المعادن عند الحنابلة :

ذهب الحنابلة إلى أن جميع المعادن التى تستخرج من الأرض مما يخلق فيها من غيرها مما له قيمة إذا بلغت نصاباً من الذهب أو الفضة ، أو قيمة ذلك من الحديد والياقوت والزبرجد والبللور والعقيق والسبج[2] والكحل والزاج[3] والزرنيخ ، وكذلك المعادن الجارية كالقار والنفط والكبريت ونحو ذلك ففيها الزكاة من وقت خروجها ، لعموم قوله تعالى : ﴿ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ الأَرْضِ ﴾[4] ، وقدر الواجب فى ذلك عندهم هو ربع العشر[5] .

---

(١) انظر كفاية الأخيار : (١ / ١١٨) ، المهذب : (١ / ١٦٢) .

(٢) السبج : خرز أسود . المعجم الوسيط ، مادة سبج .

(٣) لعلها الزجاج .

(٤) سورة البقرة من آية ٢٦٧ .

(٥) انظر كشاف القناع: (٢ / ٢٢٢ - ٢٢٣ - ٢٢٤)، المغنى : (٢ / ٦١٧ - ٦١٨).

ولا زكاة عندهم فى المستخرج من البحر كاللؤلؤ والمرجان والعنبر ونحوه ، وروى عن أحمد رواية أخرى أن فيه الزكاة ؛ لأنه خارج من معدن البحر فأشبه الخارج من معدن البر[١] .

وقد قسم الحنابلة المعادن كالشافعية إلى قسمين[٢] :

المعادن الظاهرة: وهى التى يوصل ما فيها بلا مؤنة ، وينتابها الناس ، وينتفعون بها كالملح والماء ، والكبريت ، والقار والنفط والكحل ، والياقوت، وأشباه ذلك لا تملك بالإحياء ، ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس ، ولا احتجازها دون المسلمين؛ لأن فيه ضرراً بالمسلمين وتضييقاً عليهم ؛ ولأن هذا تتعلق به مصالح المسلمين العامة فلم يجز إحياؤه ، ولا إقطاعه كمشارع الماء ، وطرقات المسلمين ، فلو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منعه فضاق على الناس ، وإن أخذ العوض عنه أغلاه فخرج عن الموضع الذى وضعه الله من تعميم ذوى الحوائج من غير كلفة .

المعادن الباطنة: وهى التى لا يتوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور فإذا كانت ظاهرة لم تملك بالإحياء أيضاً كالتى قبلها ، وإن لم تكن ظاهرة فحفرها إنسان وأظهرها لم تملك فى ذلك المذهب ، ولم تملك بذلك عند الشافعى ، وليس للإمام إقطاعها، والصحيح جوازه ؛ لأنه ﷺ « أقطع بلال بن الحارث المزنى معادن القبلية جلسيها وغوريها »[٣] ، [٤] .

---

(١) انظر كشاف القناع : (٢ / ٢٢٥) ، المغنى : (٢ / ٦٢٠) .

(٢) انظر كشاف القناع : (٤ / ١٨٨) ، المغنى : (/ ١٥٦ - ١٥٧) .

(٣) انظر المغنى : (٦ / ١٥٧ - ١٥٨) ، كشاف القناع : (٤ / ١٨٨) .

(٤) سنن أبى داود : (٣ / ١٧٣ - ١٧٤) ، كتاب الخراج والإمارة والفىء باب فى ==

ومن أحيا أرضاً فملكها بذلك فظهر فيها معدن ملكه ظاهرا كان أو باطناً إذا كان من المعادن الجامدة ؛ لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها، وأما المعادن الجارية كالقار والنفط والماء فهل يملكها من ظهرت فى ملكه؟

فيه روايتان : أظهرهما لا يملكها ، لقول النبى ﷺ « الناس شركاء فى ثلاث: فى الماء والكلأ والنار »[١] ؛ ولأنها ليست من أجزاء الأرض فلم يملكها بملك الأرض كالكنز ، والثانية يملكها لأنها خارجة من أرضه المملوكة له فأشبهت الزرع والمعادن الجامدة[٢] .

وأما الكنز: وهو دفين الجاهلية فيجب فيه الخمس لبيت المال والباقى إن وجد بأرض مملوكة فهو لمالك الأرض ، أما إن وجد فى موات أو ملك أحياه فهو لواجده .

وإن كان الكنز إسلامياً وعلم مالكه فهو له ، وإلا فهو لقطة ، وكذلك إن جهل كونه إسلامياً أم جاهلياً هو لمالكه إن عرف وإلا فهو لقطة[٣] .

وبعد عرض آراء المذاهب فإننا نرى أن الرأى الراجح هو ما ذهب إليه المالكية، لما فى هذا الرأى من تحقيق مصلحة عامة ؛ ولأن فى تعليلهم لرأيهم قوة ووجاهة تدعو إلى ترجيحه على غيره ؛ لأن من يملك الأرض يملك

== إقطاع الأرضين .

جلسيها : نسبة إلى الجلس وهو ما ارتفع من الأرض ، وغوريها :نسبة إلى الغور وهو ما انخفض منها الموطأ : (١ / ٢٤٨ - ٢٤٩) كتاب الزكاة باب الزكاة فى المعادن .

(١) سبق تخريجه : ص٦١ ، ص١٥٥ .

(٢) انظر المغنى : (٦ / ١٥٨) .

(٣) المغنى : (٢ / ٦١٢ - ٦١٥) ، كشاف القناع : (٢ / ٢٢٦ - ٢٢٨) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ٥٨٧) .

ظاهرها فقط باعتبار أن الأرض إنما تملك عادة بقصد استغلالها للزراعة والعمارة، فلا يكون المقصود من تملكها تملك ما فيها من معادن فى باطنها ، فتبقى ملكية الدولة لهذه المعادن ، ولا تكون للأفراد ؛ لأن المعادن قد يجدها شرار الناس ، فلو لم يكن حكمها للإمام لأدى إلى الفتن والهرج[١] .

ولأن المعادن مصدر عظيم للثروة ، يدر الربح الكثير من غير عمل يتناسب مع ما يأتى به من در وخير ، وملكيتها للآحاد تؤدى إلى أن يكون فى الدولة قوم ينالون الخير كله من غير عمل ، وبجوارهم من ينالهم التعب والنصب من غير أن ينالوا خيراً يتفق مع ما بذلوا ، والثروة لا تكون موزعة توزيعاً عادلاً متناسباً يجعل حياة الجماعة منسجمة متلائمة ، فكان من العدل أن تكون هذه المعادن وهى تدر الخير الوفير من غير عمل كثير ملكاً للدولة[٢] .

وهذا يتفق مع الأصول العامة فى القرآن الكريم والسنة وعمل الصحابة ، فهو يتفق مع قوله تعالى فى تنعيم الفىء على المسلمين ﴿ **مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ** ﴾[٣] قال ابن كثير عن هذه الآية : جعلنا هذه المصارف لمال الفىء كى لا يبقى مأكلة يتغلب عليها الأغنياء ويتصرفون فيها بمحض الشهوات والآراء ، ولا يصرفون منه شيئاً إلى الفقراء »[٤] .

وبما أن الفىء هو ما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب ، أى لم

---

(١) انظر حاشية الدسوقى : (١ / ٤٨٧) ، المدخل لدراسة الشريعة : ص ٢١٤ .

(٢) انظر الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للشيخ محمد أبى زهرة : ص ١٢٧ ص ١٢٨ .

(٣) سورة الحشر آية (٧) .

(٤) تفسير القرآن العظيم : (٤ / ٣٣٦) .

يبذلوا فى تحصيلـه جهداً يساويه ، والمعادن تعـطى ثمرة لا يتكافأ معـها العمل الذى قدم لاستـخراجها ، فلابد أن تكـون فى ملك الدولة ، ولا تكـون ملكاً للأفراد حتى تتحقق العدالة(١) .

أما اتفاقه مع السنة فهو ما سـبق الإشارة إليه من أن الأبيض بن حمال سأل رسول الله ﷺ أن يقطعه ملح مأرب فأقطعه إياه ، فقيل له: يا رسول الله ! إنه كالماء العد ، فقال رسول الله ﷺ : « فلا إذن »(٢) .

وأما اتفاق هذا مع عمل الصحابة فإننا نجد ذلك فيما فعله عمر مع بلال بن الحارث ، فقد جاء بلال بن الحارث المزنى إلى رسول الله ﷺ فاستقطعه أرضاً، فأقطعها له طويلة عريضة ، فلمـا ولى عمر قال له : يا بلال ! إنك استقطعت رسول الله ﷺ أرضاً طويلة عريضة فقطعها لك ، وإن رسول الله ﷺ لم يكن يمنع شيئاً يسأله ، وأنت لا تطيق مـا فى يديك ، فقال : أجل : فقال : فانظر ما قويت عليه منها فأمسكه ، وما لم تقو عـليه فادفعه إلينا نقسمه بين المسلمين فقال : لا أفعل والله شيئاً أقطعنيـه رسول الله ﷺ فقال عمر : والله لتفعلن ، فأخذ منه ما عجز عن عمارته ، فقسمه بين المسلمين »(٣) .

فهنا قد أخذ عمر ما عجز بلال عن عـمارته من الأرض الطويلة العريضة ، وقسمه بين المسلمين(٤) .

وهكذا ينتهى إلـى أن حكم المعادن كلها للدولة الإسلامـية ، وهذا ما يتفق

---

(١) انظر الملكية الفردية فى النظام الاقتصادى الإسلامى لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى : ص ١٦٠ ، الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبى زهرة : ص ١٢٧ .

(٢) قد سبق تخريج هذا الحديث : ص ١٧٧ .

(٣) الخراج ليحيى بن آدم : ص ٩٣ ، باب التحجير حديث رقم (٢٩٤) .

(٤) انظر الملكية الفردية : ص ١٦١ ، منهج عمر بن الخطاب فى التشريع : ص ١٩٥ .

مع المصلحة وأصول الشريعة العامة ، وعلى هذا لا يكون الاستيلاء على المعادن سبباً مباشراً من أسباب الملكية على المشاع ؛ لأن الملك يختص بسطح الأرض وظاهرها ، إذا الأراضى تمتلك إما لإقامة المبانى عليها ، أو للزرع والإنبات والغرس ، أما المعادن فمآل الأمر فيها للدولة الإسلامية حتى تتحقق المنفعة العامة لأفرادها ولا يقع الضرر ، إلا إذا أسندت الدولة استخراج المعادن إلى مجموعة أفراد ؛ فيكون سبباً من أسبابها .

وما ذهب إليه الإمام مالك هو ما وافقته التقنينات المدينة المعاصرة حفاظاً على ثروات الأمم ، من اعتبار المعادن ملكاً للدولة ، وليس كما ذهب الشيخ محمد أبو زهرة من أن القانون قد اعتبر المعادن تابعة للأرض فى ملكيتها قال الشيخ أبو زهرة : « أما المعادن فيعتبرها القانون تابعة للأرض فى ملكيتها ، فإن كانت الأرض مملوكة ملكاً خاصاً فهى لذلك المالك ، وإن كانت مملوكة للدولة ملكاً خاصاً أو عاماً فهى للدولة ؛ لأن من ملك الأرض قانوناً ملك ما فوقها وما تحتها وما على سطحها وما فى داخل جوفها لا فرق فى ذلك بين أن يكون فلزاً من فلزات الأرض ، أو حجراً من أحجارها ، أو ينبوعاً من ينابيعها الزيتية »[1].

ولعل الشيخ نظر إلى المادة (٨٠٣ / ١ ، ٢) من التقنين المدنى التى تنص على الآتى :

« ١ - مالك الشىء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية ، بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك ، أو يتلف ، أو يتغير » .

« ٢ - وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ، إلى الحد المفيد فى التمتع بها علواً أو عمقاً » .

---

(١) انظر الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبى زهرة : ص ١٤٠ .

ولم يلاحظ الشيخ أبو زهرة نص المادة (٨٠٣ / ٣) التى تقول : «ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها » .

وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عن الفقرة الثالثة : «وقد أشار المشرع إلى جواز فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وعن ملكية ما تحتها ويكون ذلك بناء على تشريعات خاصة أو بمقتضى الاتفاق ومثل هذه التشريعات قانون المناجم يفصل ملكيتها عن ملكية الأرض ... »[1] .

وقد كان ما قاله الشيخ محمد أبو زهرة قبل صدور قانون المناجم ، فقد كان قبل صدور هذا القانون أن المواد المعدنية بالمناجم ، وخامات المحاجر التى توجد فى باطن الأرض ملكاً لصاحب الأرض ، ولكن لما كانت هذه المواد تعتبر من دعائم الثروة التى يقوم عليها الاقتصاد القومى فى البلاد ، فقد وجب تنظيمها بتشريعات خاصة ، وهذه التشريعات الخاصة : هى قانون المناجم والمحاجر ؛ لأنه كما قال الدكتور السنهورى : « إن استغلال المناجم والمحاجر ليس من الأمور الهيئة ، ولا يستطيعه مالك الأرض منعزلاً ، بل لا يستطيعه ملاك الأراضى المتلاصقة ، إذا نقصتهم رؤوس الأموال الضخمة التى يقتضيها هذا الاستغلال، والخبرة الفنية العالية التى لا تتوافر عادة إلا لدى الشركات القوية المتخصصة»[2].

أما قانون المناجم والمحاجر الذى يتفق مع ما ذهب إليه الإمام مالك،فقد نص هذا القانون-وهو رقم ٨٦ الصادر سنة١٩٥٦م فى المادة الثالثة على الآتى:

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : (٦ / ١٨) .

(٢) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى : (٨ / ٧٢٣) .

« يعتبر من أموال الدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم فى الأراضى المصرية والمياه الإقليمية ، وتعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المحاجر عدا مواد البناء - الأحجار الجيرية والرملية والرمال - التى توجد فى المحاجر التى تثبت ملكيتها للغير » .

والمواد المعدنية هى: « المعادن وخامتها ، والعناصر الكيماوية ، والأحجار الكريمة وما فى حكمها ، والصخور والطبقات، والرواسب المعدنية الخارجية من باطن الأرض إذا كان استغلالها بقصد استخراج مواد معدنية منها .... » ويجب التمييز بين المواد المعدنية الموجودة بالمناجم ، والمناجم ذاتها: وهى باطن الأرض الذى توجد فيه هذه المواد ، فالذى أصبح ملكاً للدولة هى المواد المعدنية ، أما المناجم (أى باطن الأرض) فتظل مملوكة لصاحب الأرض على حكم الأصل إن كان للأرض صاحب ، فله أن يستعملها ويستغلها فى أغراض أخرى غير استخراج المعادن ، ومع هذا كله فقد نظم قانون المناجم ، والمحاجر العلاقة بين الحق الأصلى لمالك الأرض فيها ، وحق الدولة فيما تحتويه من معادن .

أما الكنز: فلم يفرق القانون بين الكنز الجاهلى (وهو دفين الجاهلية) والكنز الإسلامى الذى عليه علامة الإسلام ، فقد اعتبر القانون المدنى الكنز مطلقاً قديماً كان أو حديثاً ملكاً لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز ، لا فرق بين أن يكون المالك شخصاً أو شركة ، أو حكومة ، وليس لواجده شىء ، وهذا إذا لم يعلم له صاحب ، فإذا علم صاحبه وجب تسليمه إليه ، وإذا كان فى عين موقوفة يكون ملكاً خاصاً للواقف ، ولورثته . وهذا ما نصت عليه المادة (٨٧٢ / ١، ٢) :

« ١ - الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته » .

« ٢ - والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكاً خالصاً للواقف ولورثته » .

وقد خالف القانون أحكام الشريعة فى الكنز حيث لم يفرق بين الكنز الجاهلى ، والإسلامى ، ولكل كنز حكم فى الشريعة ، كما بينا ذلك فى فقه المذاهب فى الكنز[١] .

وقد نصت المادة (٨٧٣) على الاتى : « الحق فى صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة » .

والقانون الذي ينظم الآثار فى الوقت الحاضر هو القانون رقم (١٥) لسنة-١٩٥١ » وهو يبدأ بتحديد ما يعتبر من الآثار فيقرر أنها تشمل كل عقار أو منقول أظهرته أو أحدثته الفنون ، والعلوم ، والآداب ، والأديان ، والأخلاق وغيرها فى عصر ما قبل التاريخ ، وفى العصور التالية حتى نهاية عصر إسماعيل ، وكذلك كل عقار ، أو منقول يكشف فى مصر لحضارة أجنبية كان لها اتصال بمصر فى عصر من العصور المشار إليها ، وكل عقار أو منقول يقرر مجلس الوزراء أن للدولة مصلحة قومية فى حفظه ، وصيانته حتى لو كان يرجع إلى عهد بعد عصر إسماعيل بشرط أن يتم تسجيله طبقاً للأوضاع التى ينص عليها قانون الآثار ، ويعتبر فى حكم الآثار الأراضى المملوكة للدولة التى تعتبر أثرية بمقتضى أوامر أو قرارات ، أو بناء على قرار يصدره وزير الثقافة بعد الاتفاق مع وزير الاقتصاد ، وكذا الأراضى التى تنزع ملكيتها من الأفراد لأهميتها الأثرية [٢] .

---

(١) انظر الملكية ونظرية العقد للشيخ أبى زهرة : ص ١٤٢ .

(٢) انظر الحقوق العينية الأصلية للدكتور جميل الشرقاوى : ص ٢٥٣ .

« والآثار قد تكون عـقارات أو منقولات ، وهى إن كانت مـنقولات تكون أشياء لا مـالك لها ، وتكـون غالباً مطمـورة فى الأرض ، ولكن القـانون لم يعاملها مـعاملة الكنز ، فى جعل ملـكيتها لمالك العقار الـذى توجد فيه ، بل جعلها ملكاً للدولة لتتولى حفظها وصيانتها ، لما لها من أهمية تارخية وقومية، ولذا أوجب القانون على من يجد شيئـاً منها أن يبلغ الجهات الإدارية عن ذلك وأن يحافظ عليها حـتى تتسلمها الجهة المختصة ، وهو يستـحق مكافأة تقدرها لجنة إدارية ، وقـد تكون هذه المكافـآة جزءاً من الآثار ، بل إن القـانون يحرم الحفر والبحث عن الآثار ، ولو فى الأرض المملوكة للشخص القائم بالحفر بغير إذن جهة الإدارة[1] .

ومن كل مـا سبق يستـفاد أن الأصل فى الآثـار سواء أكانت فرعـونية ، أم مسيحية ، أم يونانية ، أم رومانية ، أم عـربية أن تكون ملكاً للدولة ، وبذلك خالف القانون فى الآثـار أحكام الشريعة فى الكنوز التى تـعد الآثار منها سواء أكانت جاهلية ، أم إسلامية[2] .

ويمكن أن يجـمع بين الرأيين بأن من ملـك شيئاً من هذه الأشيـاء ، فهو له وتأخذه الدولة على أن تعوضه بذلك مـالاً ؛ لأنه يمثل تاريخاً لمصر ، وإن علم صاحبها ترد إليه ، ثم تأخذه الدولة وتعوضه عن ذلك .

وبعـد هذه الأسباب فـقد ذكر السـيوطى وابن نجـيم أسبابـاً أخرى للمـلك منها[3] :

---

(١) السابق : ص ٢٥٤ والوسيط للسنهورى : (٨ / ٨٤٢ - ٨٤٣) ، الفقرة (٤٠٠).

(٢) انظر الملكية ونظرية العقد لأبى زهرة : ص ١٤٢ .

(٣) انظر الأشـباه والنظـائر للسيـوطى : ص ٣١٧ ، الأشباه والـنظائر لابـن نجيم : ==

رابعاً: القتال:

ويعنى به جهود المقاتلين فى الحروب الإسلامية المعروفة ، ويشمل ذلك أمرين :

أولهما الغنيمة: وهى ما أخذ من أموال أهل الحرب عنوة بطريق القهر والغلبة، وقد جعل الله - تبارك وتعالى - خمس الغنائم للمذكورين فى قوله -تعالى- : ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ ﴾[١] .

وأربعة أخماسه للمقاتلين الغانمين ، وهذه الغنائم ملكية مشاعة بين المقاتلين، وتعتبر من مصادر الملكية الشائعة ، فهى قبل أن تقسم ملكية مشاعة.

وقد روى أبو هريرة عن رسول الله ﷺ قال : « أيما قرية أتيتموها وأقمتم فيها فسهمكم فيها ، وأيما قرية عصت الله ورسوله ، فإن خمسها لله ورسوله ثم هى لكم »[٢] .

والمراد بالقرية الأولى : الفىء ، ويصرف مصارفه ، والمراد بالقرية الثانية : ما أخذه عنوة فيكون غنيمة يخرج منه الخمس ، وباقيه للغانمين[٣] .

ثانيهما: السلب: وهو ما يؤخذ من شخص القتيل فى الحرب ، والدليل عليه قول رسول الله ﷺ : « من قتل قتيلا فله سلبه »[٤] .

== ص ٣٤٦ ، كتاب المعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد إبراهيم : ص ٥٣ ، الملكية الفردية : ص ١٧٥ .

(١) سورة الأنفال آية ٤١ .

(٢) انظر الأموال لأبى عبيد : ص ٦٢ ، ٣١٤ .

(٣) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٥ / ٥٣٤) .

(٤) صحيح البخارى مع فتح البارى : (٦ / ٢٨٤) ، كتاب فرض الخمس باب من لم يخمس الأسلاب .

وقد رأى عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - في خلافته دون مخالف يعرف قوله - تخميس سلب البراء بن مالك لما بلغ مالاً كثيراً [١] .

فقد جاء في كتاب الأموال : « بارز البراء بن مالك[٢] مرزبان الزارة[٣] فطعنه ، فدق صلبه وصرعه ، ثم نزل إليه وقطع يديه ، وأخذ سوارين كانا عليه ويلمقاً [٤] من ديباج ، ومنطقة فيها ذهب وجوهر فقال عمر : إنا كنا لا نخمس السلب ، وإن سلب البراء بلغ مالاً ، فأنا خامسه ، قال : فكان أول سلب خمس فى الإسلام[٥] .

فهذا السلب قبل أن يقسم يعتبر ملكية شائعة ، والسلب مصدر هذا الملك.

خامسا من مصادر أو أسباب الملك الجناية :

ويقصد بها : ما يقع على الإنسان من جناية موجبة للتعويض الشرعى كالديات وغيرها ، فلو اعتدى إنسان على مال لرجلين ، أو أكثر ، وأتلف منه شيئاً كان عليه أن يدفع لهم تعويضاً عما أتلف ، ويكون هذا التعويض ملكية مشاعة بين الرجلين أو الأكثر وأما الجناية على النفس فالحق فيها يثبت لأولياء

---

(١) الملكية الفردية : ص ١٧٥

(٢) البراء بن مالك بن النضر بن ضمضم البخارى صحابى ، شهد أحداً ، وما بعدها مع رسول الله ﷺ ، وهو أخو أنس بن مالك - توفى سنة ٢٠ هـ ٦٤١م ، انظر الأعلام للزركلى : (٢ / ٤٧) ، ومعجم البلدان : (٢ / ٣٠) .

(٣) مرزبان الزارة : لم أعثر له على ترجمته .

(٤) اليلمق : القباء وهو ثوب يلبس فوق الثياب أو القميص ،المعجم الوسيط مادة (لمق).
الديباج : ضرب من الثياب سداه ولحمته حرير ، والمنطقة حزام يشد به الوسط ، المعجم الوسيط مادة : دبج .

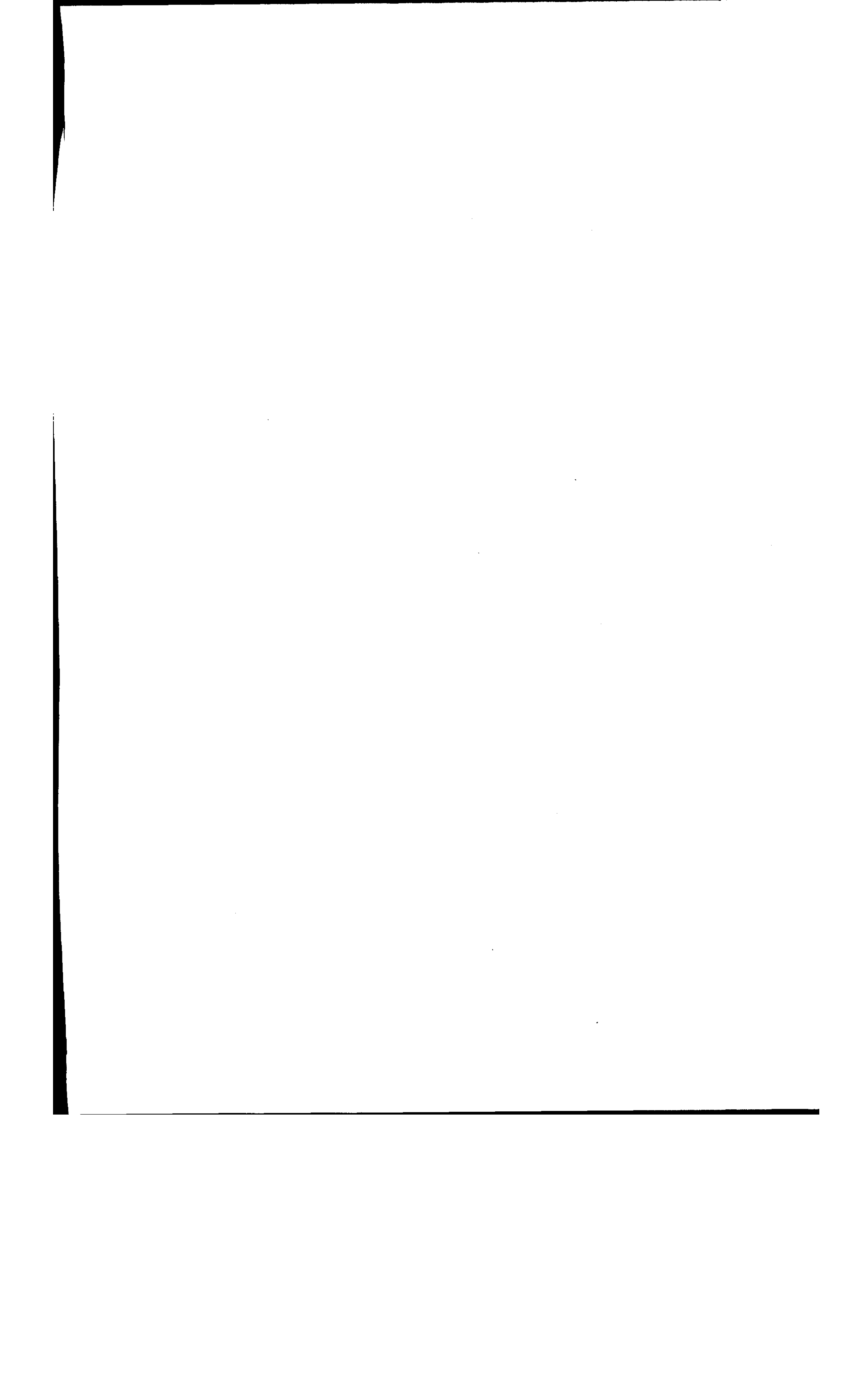
(٥) الأموال لأبى عبيد : ص ٣٢٠ - ٣٢١ .

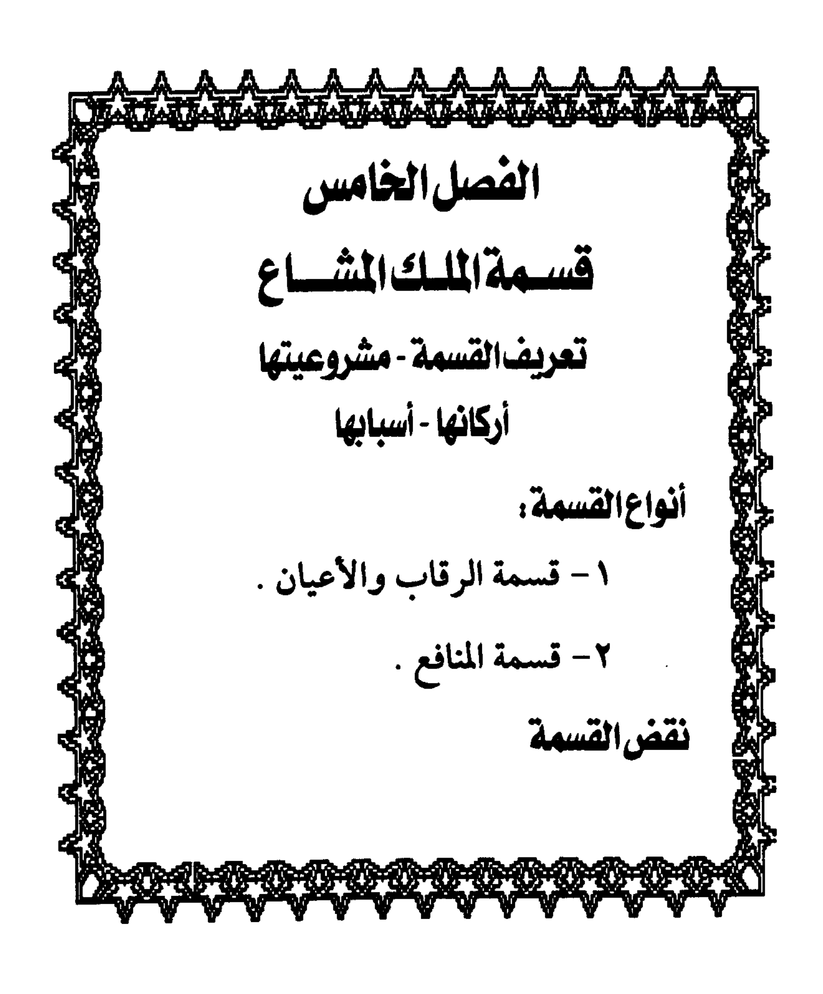
الدم كنوع من الخلافة - فـى الحقوق ويكون ملكيـة بينهم كما سـبق ذلك فى الميراث .

وقد ذكر أستاذنـا الدكتور محمد بلتـاجى العمل على أنه سـبب من أسباب الملك ، أو هو أساس كل ملك : وهذا حق ، ويقصد بالعمل ، الجهد البشرى المشـروع - بمختـلف أنواعـه - من يـدوى ، وبدنى ، وعـقلى ، وذهـنى ، واستشارى ، وكل ما يقابل من ذلك بمال متقوم ، فيدخل فيه كل ألوان النشاط البشرى المشروع بمقـاييس الشريعة ، فلو أن رجلين أو ثلاثـة قاموا بعمل ، ثم أخذوا أجراً على هذا العمل ، أصبح هذا الأجر مملوكاً بينهم ملكية مشاعة إلى أن يقسموه بينهم[١].

وبهذا ينتهى الكلام عن مصادر الملك الشائع أو أسبابه .

(١) انظر الملكية الفردية : ص ١٧٢ - ١٧٦ .





الفصل الخامس

قسمة الملك المشاع

تعريف القسمة - مشروعيتها

أركانها - أسبابها

أنواع القسمة:

١ - قسمة الرقاب والأعيان .

٢ - قسمة المنافع .

نقض القسمة

تقديـــم:

الشيوع فى أغلب صوره حال مؤقتة ، تنتهى إما بتحول حق كل شريك إلى ملكية مفرزة ، وإما بخروج المال الشائـع من ذمة الشركاء إلى الغير ، كأن يتم بيعه إلى الغير باتفاق الشركاء تخلصاً من الشيوع ، أو بأى سبب من الأسباب التى تـنهى تعـدد الملاك لشىء واحـد ، فقد ينـتهى هذا الـتعدد بكـسب أحد الشركاء ملكية انـصباء شركائه بالشراء (أو باسترداد الحصة الـشائعة المبيعة ، أو بالشفعة) أو بالميراث ، أو بأى سبب آخر .

وانتهاء الشيوع إلى ملكية مفرزة يتم بالقسمة ، وهى الوسيلة المعتادة لإنهائه بل هى الوسيلة المـهيأة لذلك ؛ إذ من حق كل شريك على الـشيوع أن يطلب القسمـة ، مالم يكن مجبـراً على البقاء فى الشـيوع بمقتضى حكـم القانون أو بمقتضى الاتفاق [(١)].

وقسمة المـال الشائع كوسيـلة مهيأة لإنهاء الـشيوع هى السبـب الخاص لهذا الإنهـاء ، أما الأسـباب الأخرى المـؤدية إلـى ذلك ، كالـشراء أو المـيراث أو التقادم، فهى تؤدى إلى انقضاء الشيوع نتيجة لما يترتب عليها من كسب الملكية؛ لأنها أسباب لكسـب الملكية ؛ ولذا سنخص القسمة بالـدراسة على أساس أنها هى السبب الخاص لهذا الإنهاء .

والحقيقة أن الشيوع مركز غير مرغوب فيه ؛ لأنه يقلل من القيمة الاقتصادية والائتمانية للـشىء ، ويثير العديد من الصعاب فى إدارتـه وفى تطويره لملاءمة الظروف ، ويحد من سلطة التصرف فيه لذلك حرص المشرع على تسهيل انتهاء الشيوع بقسـمته ، وبتحويل قسمة المـهايأة إلى قسمة نهائيـة إذا دامت أكثر من

---

(١) انظر الحقوق العينية الأصلية للدكتور جميل الشرقاوى : ص ١٤٧ - ١٤٨ .

خمسة عشر عاماً ، وفى نفس الاتجاه حظر المشرع الاتفاق على استمرار الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات (١).

تعريف القسمة:

القسمة لغة : يقال : قسم الشىء قَسْماً جزأه ، وجعله نصفين ، وبين القوم أعطى كلاً نصيبه ، والقسمة : هى إفراز النصيب أو التفريق (٢).

وشرعاً لها تعريفات متقاربة عند الفقهاء :

فقال الحنفية : هـى جمع نصيب شائع فى معين ، أو مخـصوص وتشتمل على الإفراز والمبادلة (٣).

قال الكاسانى : « هى عبارة عن إفراز بـعض الأنصباء عن بعض ، ومبادلة بعض ببعض ؛ لأن ما من جزأين من العين المشتركة لا يتجزآن قبل القسمة إلا وأحدهما مـلك أحد الشريكين ، والآخر مـلك صاحبه ، فكان نـصف العين مملوكاً لهذا ، والنصف مملوكاً لذاك على الشيوع ، فإذا قسمت بينهما نصفين، والأجزاء المملوكة لكل واحد منهما شائعة غير معينة فتجتمع بالقسمة فى نصيبه دون نصيـب صاحبه ، فـلابد أن يجتمـع فى نصيب كـل واحد منهـما أجزاء بعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع » .

---

(١) انظر الحقوق العينية للدكتور نعمان جمعة: ص ٤١٠ - ٤١١ .
وانظر قسمة المال الشائع لمحمد محمود عبد ربه : ص ٩٥ .

(٢) المعجم الوسيط مادة قسم .

(٣) انظر شرح الكنز لمحمد منـلامسكين :(٣/ ٣٤٥) وملتقى الأبحر :(٢/ ٢٠٤) ، شرح العناية على الهداية :(٩/ ٤٢٥-٤٢٦) ، والدر المختار :(٥/ ١٦٦) .

« فلو لم تقع القسمة مبادلة فى بعض أجزاء المقسوم لم يكن المقسوم كله ملكاً للمقسوم عليه ، بل يكون بعضه ملك صاحبه ، فكانت القسمة منهما بالتراضى أو بطلبهما من القاضى رضا من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض وهو نصف نصيب صاحبه وهو تفسير المبادلة » .

« فكانت القسمة فى حق الأجزاء المملوكة له إفرازاً وتمييزاً، أو تعييناً لها فى الملك، وفى حق الأجزاء المملوكة لصاحبه معاوضة، وهى مبادلة بعض الأجزاء المجتمعة فى نصيب صاحبه ، فكان إفراز بعض الأنصباء ومعاوضة البعض الآخر ضرورة ، وهذا هو حقيقة القسمة المعقولة فى الأملاك المشتركة » [1].

فالمبادلة من حيث إنها أخذ حق صاحبه فى مقابلة حقه ، والإفراز من حيث إنه يقبض حقه .

والإفراز أغلب فى المثليات فيأخذ الشريك حظه منها حال غيبة صاحبه ، فهو يأخذ عين حقه وهذا ظاهر فى المكيلات والموزونات ، فكان كل ما أخذ أحدهما من نصيبه مثل ما ترك.

والمبادلة : أغلب فى غيرها ؛ لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه لصاحبه، فهو يأخذه عوضاً عمّا بقى من حقه ، فى نصيب صاحبه [2].

وعرفت مجلة الأحكام العدلية القسمة فى المادة (١١٤) بقولها: « القسمة: هى تعيين الحصة الشائعة يعنى إفراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ما كالذراع والوزن والكيل » .

---

(١) انظر بدائع الصنائع :(٧/١٧) .

(٢) انظر شرح الكنز لمحمد منلامسكين:(٣/٣٤٥) ، ملتقى الأبحر:(٢/٢٠٤) ، شرح العناية على الهداية:(٩/ ٤٢٥-٤٢٦) .

وعرفت عند المالكية بقولهم : « القسمة : هى تعيين أو تمييز نصيب كل شريك من الشركاء كثروا أو قلوا- فى مشاع (عقار أو غيره) ولو كان التعيين المذكور باختصاص تصرف فيما عين له مع بقاء الشركة فى الذات كأن يختص كل بداية من الدواب المشتركة ، أو بجهة من الدار مع كونها بينهم ، فإنه من القسمة الشرعية [١].

وعرفت عند الشافعية: بأنها إفراز حق ، وتمييز أحد النصيبين من الآخر [٢].

وعند الحنابلة : هى تمييز بعض الأنصباء عن بعض ، وإفرازها عنها بتجزئة الأنصباء بالكيل أو غيره .

واختار ابن تيمية أن القسمة إفراز وليست بيعاً [٣].

وهذا خلاف شكلى يهدف إلى تحديد متكافئ أو متعادل لقيم الأشياء الشائعة [٤].

ولم يتعرض القانون المدنى لتعريف القسمة فى أى مادة من مواده ، وكان ينبغى أن يذكر تعريفاً للقسمة ، وبخاصة أن قسمة المال الشائع هى الوسيلة المهيأة لإنهاء الشيوع وهى السبب الخاص لهذا الإنهاء .

---

(١) انظر الشرح الصغير :(٩/ ٤٢٥-٤٢٦) .

(٢) انظر حاشية البيجورى على شرح ابن قاسم الغزى لمتن أبى شجاع :(٢/ ٣٥١) ، حاشية البيجرمى على الخطيب :(٤/ ٣٣٨) ، تكملة المجموع :(٢٢/ ٤٢٦) .

(٣) كشاف القناع :(٦/ ٣٧٠) ، منتهى الإرادات :(٢/ ٦١٨) ، تيسير الفقه الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية تحقيق زميلنا أحمد موافى (٣/ ١١٥١) .

(٤) قسمة المال الشائع : ص ٢٥٢ .

مشروعية القسمة:

الأصل في القسمة قول الله تعالى: ﴿ وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ ﴾[١].

وقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُم مِّنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴾[٢].

وقوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ..﴾[٣].

وإنما يعرف الخمس من أربعة الأخماس بالقسمة.

وأما السنة: فمنها حديث رسول الله -ﷺ- والذي جاء فيه: « مَا كَانَ مِنْ مِيرَاثٍ قُسِمَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَهُوَ عَلَى قِسْمَةِ الْجَاهِلِيَّةِ، وما كان من ميراث أَدْرَكَهُ الإِسْلَامُ فهو على قِسْمَةِ الإسلامِ »[٤].

وحديث: « إِنَّمَا الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ »[٥].

وقسم النبي -ﷺ- غنائم خيبر وحنين بين الغانمين وقسم المواريث[٦].

مما يدل على الإباحة.

---

(١) سورة القمر آية (٢٨).

(٢) سورة النساء آية (٨).

(٣) سورة الأنفال من الآية: (٤١).

(٤) سنن ابن ماجه: (٢/٩١٨) كتاب الفرائض باب قسمة المواريث.

(٥) صحيح البخاري مع فتح الباري: (٤/٤٧٦) كتاب البيوع باب بيع الشريك من شريكه.

(٦) راجع الأحاديث في نصب الراية: (٣/٣٩٧) باب الغنائم وقسمتها والفقه الإسلامي وأدلته: (٥/٦٥٧).

وأجمعت الأمة على جواز القسمة ؛ ولأن بالناس حاجة إلى القسمة ؛ ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على حسب اختياره ، ويتخلص من سوء المشاركة ، وكثرة الأيدى [(١)].

ونظم القانون المدنى القسمة فى المواد :(من ٨٣٤ إلى ٨٤٩) .

ركن القسمة وسببها وشرط لزومها [(٢)]:

ركن القسمة: هو الفعل الذى يحصل به الإفراز والتمييز بين الأنصباء، كالكيل والوزن والعد والذرع .

سبب القسمة: طلب أحد الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص، فلو لم يوجد طلبهم لا تصح القسمة .

وشرط لزومها: عدم فوات المنفعة بالقسمة ، أى عدم إبطال فائدة الشىء المتعارفة، فلا يقسم مثلاً الحائط والحمام والبيت الصغير .

أنواع القسمة:

تنقسم القسمة إلى قسمة الرقاب أو الأعيان وإلى قسمة المنافع :

أولاً: قسمة الرقاب أو الأعيان :

للقسمة أنواع فى المذاهب الفقهية ؛ إذ كل مذهب ينظر إلى القسمة من

---

(١) انظر حاشية أبى السعود : (٣/ ٣٤٥) ، الهداية : (٩/ ٤٢٥-٤٣٠) ، بداية المجتهد : (٢/ ٣٩٦) ، حاشية البيجورى على شرح ابن القاسم لمتن أبى شجاع : (٢/ ٣٥٠) ، المهذب : (٢/ ٣٠٦) ، كشاف القناع : (٦/ ٣٧٠-٣٧١) ، المغنى : (١١/ ٤٨٨) .

(٢) انظر حاشية أبى السعود :(٣/ ٣٤٥) ، الدر المختار :(٥/ ١٦٦) .

جانب فقال الحنفية : إن القسمة نوعان.

الأولى: القسمة الجبرية[١] : وهى التى يتولاها القاضى بطلب أحد الشركاء، ولو قسم القاضى أو نائبه بالقرعة ، فليس لبعض الشركاء الإباء بعد خروج بعض السهام ، وجاء فى مجلة الأحكام العدلية فى المادة (١١٢٢) تعريف لهذه القسمة فقالت : قسمة القضاء هى : « تقسيم القاضى للملك المشترك جبراً وحكماً بطلب بعض المقسوم لهم » .

الثانية: القسمة الرضائية[٢] : وهى التى يفعلها الشركاء بالتراضى ، وهى تعتبر عقداً من العقود، ركنها ككل عقد : هو الإيجاب والقبول ، ومحلها: العين المشتركة التى يجوز الاتفاق على قسمتها ، وعرفت مجلة الأحكام العدلية هذه القسمة فى المادة (١١٢١) بأنها : « القسمة التى تجرى بين المتقاسمين فى الملك المشترك بالتراضى أو برضى الكل عند القاضى » وكل واحد منهما على نوعين .

(١) قسمة تفريق أو فرد: وهى كما جاءت فى مجلة الأحكام العدلية : «تقسيم العين الواحدة ، وتعيين كل حصة شائعة بكل جزء من أجزائها فى قسم منها كقسمة العرصة [٣] الواحدة بين اثنين ويقال لها : قسمة تفريق وقسمة فرد»[٤].

إذن فهى تخصيص كل شريك بحصة جزئية معينة من المال المشترك ،

---

(١) انظر بدائع الصنائع :(٧/١٩-٢٠) .

(٢) السابق .

(٣) العرصة : ساحة الدار ، والبقعة الواسعة بين الدور لا بناء فيها ، المعجم الوسيط مادة عرص .

(٤) مادة (١١١٥) من مجلة الأحكام العدلية .

كقسمة دار كبيرة بين شريكين أو ثلاثة يختص كل واحد منهم بنصف أو بثلث، وهى تحدث فى كل ما لا ضرر فى تبعيضه بالشريكين كالمكيل والموزون والعددى المتقارب ، سواء قسمة رضا أم قسمة جبر [1].

والمال عندهم نوعان [2]:

* إما أن يكون مما لا ضرر فى تبعيضه بالشريكين أصلاً بل لهما فيه منفعة كالمكيل والموزون والعددى المتقارب، فتجوز فيه قسمة التفريق قسمة جبر ، كما تجوز فيها قسمة الرضا ؛ لتحقيق ما شرعت له القسمة ، وهو : تكميل منافع الملك، ويجبر القاضى من أبى من الشركاء على قبولها تحقيقاً لمصلحة الطرفين.

* وإما أن يكون مما فى تبعيضه مضرة : وهذا لا يخلو من أحد وجهين: إما أن يكون فيه ضرر بكل واحد منهما ، وإما أن يكون فيه ضرر بأحدهما نفع فى حق الآخر .

فإن كان فى تبعيضه ضرر بكل واحد منهما فلا تجوز قسمة الجبر فيه وذلك نحو اللؤلؤة الواحدة ، والياقوتة والزمردة ، والثوب الواحد ، والسرج والقوس، والمصحف الكريم، والحائط والحمام، والبيت الصغير، والرحى والفرس، لأن القسمة فى هذه الأشياء قسمة إضرار بالشريكين جميعاً، والقاضى لا يملك الجبر على الإضرار، وما لا تجرى فيه القسمة لا يجبر واحد منهما على بيع حصته من صاحبه عند عامة العلماء .

وأما إن أضرت القسمة بأحد الشريكين دون الآخر كالدار المشتركة بين

---

(١) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٥/ ٦٦١) .

(٢) انظر بدائع الصنائع :(٧/ ١٩-٢٠) .

رجلين ، ولأحدهما حصة قليلة، وللآخر الأكثر ، فتجب القسمة إن طلبها صاحب الأكثر إزالة للشيوع ومنعاً من الضرر ، فهو ينتفع بنصيبه، فيجاب طلبه، لأن الحق لا يبطل بتضرر الغير[١].

وإن طلبها صاحب الحصة القليلة ففيه رأيان :

* رأى الحاكم الشهيد فى مختصره الكافى[٢]: أنه يقسم المال المشترك، إذ لا ضرر على صاحب الكثير ، بل له فيه منفعة وصاحب القليل قد رضى بالضرر حيث طلب القسمة فيجبر على القسمة[٣].

* ورأى القدورى فى الكتاب : لا يقسم ؛ لأن صاحب القليل متعنت فى طلب القسمة ؛ لكون القسمة ضرراً محضاً فى حقه ، فلا يعتبر طلبه ، وقسمة الجبر لم تشرع بدون الطلب ، وهذا هو الأصح[٤].

وإن كانت حصة كل من الشريكين قليلة، لم يقسم القاضى بينهما، إلا بتراضيهما؛ لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة، وفى هذا تفويتها ، وإنما تجوز القسمة بتراضيهما؛لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما [٥].

---

(١) انظر بدائع الصنائع: (٧/١٩-٢٠) ، وانظر الكتاب للقدورى ، واللباب: (٤/ ٩٤) والمبسوط للسرخسى:(١٥/ ١٣) .

(٢) الحاكم الشهيد هو محمد بن محمد المتوفى سنة ٣٣٤هـ، وكتابه الكافى مختصر لكتب محمد بن الحسن الشيبانى الستة المعروفة بكتب ظاهر الرواية. وقد شرح السرخسى كتاب الكافى فى كتابه المشهور «المبسوط» فى ثلاثين جزءاً .

انظر كتاب البحث الفقهى ، لأستاذنا الدكتور إسماعيل سالم: ص ١٢٣ - ١٢٤ .

(٣) انظر المبسوط :(١٥/ ١٣) ، بدائع الصنائع :(٧/ ٢٠) .

(٤) انظر الكتاب واللباب :(٤/ ٩٥) .

(٥) انظر المبسوط :(١٥/ ١٤) ، الكتاب واللباب :(٤/ ٩٥).

إذن فإنه لا تجرى قسمة القضاء فى العين المشتركة التى فى تبعيضها وقسمتها ضرر بكل واحد من الشركاء[١].

(٢) قسمة الجمع: وهى أن يجمع نصيب كل واحد من الشريكين فى عين على حدة وقد عرفتها المادة (١١١٥) من مجلة الأحكام العدلية بأنها هى : «إفراز الأعيان المشتركة أى الأشياء المتعددة المشتركة إلى أجزاء تجمع فى كل جزء منها الحصص الشائعة من كل فرد من أفرادها ، كقسمة ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة ، عشراً ، عشراً ، عشراً ويقال لها قسمة الجمع » .

إذن هى جمع نصيب كل واحد من الشريكين فى عين على حدة، كأن يكون الشئ المشترك أقطاناً بين شريكين ، فيتقاسمان ، على أن يختص أحدهما بكمية منها ، والآخر بالباقى .

وأنها تجوز فى جنس واحد ولا تجوز في جنسين؛ لأنها عند اتحاد الجنس تقع وسيلة إلى ما شرعت له ، وهو تكميل منافع الملك، وعند اختلاف الجنس تقع تفويتاً للمنفعة لا تكميلاً لها ، فلا خلاف فى الأمثال المتساوية وهى المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة من جنس واحد تقسيم قسمة جمع ؛ لأنه يمكن استيفاء ما شرعت له القسمة فيها من غير ضرر ؛ لانعدام التفاوت .

وكذلك تصح بين أفراد الإبل ، أو أفراد الغنم أى فى ضمن الجنس الواحد والتفاوت القليل ملحق بالعدم .

ولا تصح القسمة فى جنسين من المكيل والموزون والمذروع والعددى قسمة

---

(١) انظر المادة (١١٤١) من مجلة الأحكام العدلية . وإذا تعذر ذلك تباع العين ويقسم ثمنها وقد أشار القانون المدنى المصرى فى المادة (٨٤١) إلى ذلك فى بيع التصفية كما سيأتى .

جمع كالحنطة والشعير والقطن والحديد والجوز واللوز، وكذا الخيل والإبل ، والبقر والغنم ؛ لاختلاف الجنس فيتضرر أحدهما ؛ ولأن هذه الأشياء لو قسمت على الجمع كان لا يخلو من أحد وجهين : إما أن تقسم باعتبار أعيانها، وإما أن تقسم باعتبار قيمتها بأن يضم إلى بعضها دراهم أو دنانير ، لا سبيل إلى الأول ؛ لأن به ضرراً لأحدهما لكثرة التفاوت عند اختلاف الجنس ، ولا سبيل إلى الثانى ؛ لأن ذلك قسمة فى غير محلها ؛ لأن محلها الملك المشترك ولم يوجد فى الدراهم[١].

والحنفية لم يجيزوا فى قسمة التقاضى قسمة تفريق إدخال النقود (أى التعديل بالنقود) فى القسمة إلا بتراضى الشركاء فيما بينهم ؛ لأن القسمة تجري فى المشترك ، والمشترك بينهما العقار لا النقود ، فلا يدخل فى قسمة الدار ونحوها الدراهم إلا إذا كان لا يمكن القسمة إلا كذلك؛ لأن محل القسمة الملك المشترك ، ولا شركة فى الدراهم ، فلا يدخلها فى القسمة إلا عند الضرورة ، فإذا تعذرت القسمة بدون الدراهم فعلى القاضى أن يعدل القسمة بالدراهم للضرورة [٢].

ورأى المالكية فى قسمة الرقاب أو الأعيان أن القسمة نوعان :

قسمة مراضاة وقرعة :

قسمة المراضاة: وهى أن يتراضى الشريكان على أن كل واحد يأخذ شيئاً مما هو مشترك بينهم ، وهى كالبيع فى أن من رضى بشئ منه ملك ذاته ، وليس لأحدهم أن يرد شيئاً إلا بالتراضى ، ولا رد فيها بالغبن إلا إذا أدخلا بينهما

---

(١) انظر بدائع الصنائع :(٧/ ٢١) .

(٢) انظر بدائع الصنائع :(٧/ ١٩) ، الفقه الإسلامى وأدلته :(٥/ ٦٧٣) .

مقوماً، ويجوز خيار أحدهما ، أو خيارهما معاً ، وقد يتسامح فيها مالا يتسامح فى البيع ، ومما يدل على ذلك أنها تصح فى متحد الجنس كالثياب ، أو فى مختلف الجنس كثوب ودابة. فيجوز الرضا بأخذ صوف على ظهر غنم فى نظير شىء آخر يأخذه صاحبه صوفاً أو غيره ، فيجمع فيها بين حظين ، وبين الأجناس والأصناف ، والمكيل والموزون لما فى الرضا من التسامح . وتتم بعد تعديل وتقويم ، ولا يقضى بها على من أباها [(١)].

قسمة القرعة: هى تمييز حق فى مشاع بين الشركاء ، لا بيع ، فيرد فيها بالغبن، ولابد فيها من مقوم ، ويجبر عليها من أباها ، ولا تكون إلا فيما تماثل أو تجانس ، ولا يجوز فيها الجمع بين حظ اثنين[(٢)].

قال ابن جزى : « قسمة القرعة (تتم) بعد تقويم وتعديل ، وهى التى يقضى بها على من أباها ، ولا تجوز فى المكيل والموزون ، ولا فى الأجناس المختلفة الأصناف المتباينة ، ولا يجمع فيها بين حظين فى القسم ، ولا إذا كان مع أحد السهام دنانير ، ويرجع فيها بالغبن إذا ظهر ، وتجوز فى الديار إذا تقاربت أماكنها واستوت الرغبة فيها ، ولا يجمع فيها بين دار وجنان ، ولا بين طيب ورديء فى الأرضين وغيرها » [(٣)].

«وصفة القرعة أن تكتب أسماء الشركاء فى رقاع، وتجعل فى طين أو شمع، وتكتب أسماء المواضع المقسومة، ثم تخرج أول رقعة من الأسماء، ثم أول رقعة من المواضع، فيعطى من خرج اسمه نصيبه فى ذلك الموضع، وذلك

---

(١) انظر الشرح الصغير :(٣/٢٦٨-٢٦٩) ، القوانين الفقهية: ص٢٤٥ .

(٢) انظر السابق:(٣/ ٢٦٩-٢٧٠) ، والسابق: ص٢٤٥.

(٣) انظر القوانين الفقهية : ص٢٤٥ .

بعد أن تقسم الفريضة ، وتقوم الأملاك المقسومة ، ثم تقسم قيمتها على سهام الفريضة، وإذا قسمت الفريضة ، فكان لجماعة سهم واحد قسم كأحد سهام الفريضة، ثم قسم بين أربابه قسمة ثانية »[(١)].

أى أن قسمة الأعيان عند المالكية تنقسم إلى قسمة مراضاة وتجوز فى متحد الجنس وفى غيره، وقسمة القرعة وتجوز فى متحد الجنس فقط .

والقسمة عند الشافعية ثلاثة أنواع:

الأولى: قسمة الإفراز : وهى أن يتساوى الأنصباء منه صورة وقيمة ، وهى قسمة الأجزاء ، وتسمى قسمة المتشابهات ، وهى تجرى فى الحبوب والدراهم والأدهان ، وسائر المثليات ، وكذا تجرى فى الدار المتفقة الأبنية ، والأرض المتشابهة الأجزاء وما فى معناها ، فتعديل الأنصباء فى المكيل بالكيل ، وفى الموزون بالوزن ، والأرض المتساوية تجزأ أجزاء متساوية بعدد الأنصباء إن تساوت، بأن كانت لثلاثة أثلاثاً . ثم بعد ذلك يقرع بين الأنصباء لتعيين كل نصيب منها لأحد الشركاء.

وإذا طلب أحد الشركاء هذه القسمة فامتنع الآخر ، أجبر الممتنع على الصحيح؛ لأنه لا ضرر ، ويتخلص من سوء المشاركة ، بشرط أن تبقى حصة كل شريك من ذلك المقسوم منتفعاً بها المنفعة التى كانت قبل القسمة ، كالأرض الفسيحة التى تبقى بعد قسمتها أعشاراً مثلاً إذا كان ملاكها عشرة أنفس، ينتفع بكل عشر منها أرضاً كما كانت بزراعة أو غراس -وإن صغرت- وكالدار الفيحاء التى بعد قسمتها يحصل لكل شريك بحصته ما يسمّى داراً ، وينتفع بها بالسكنى وإن صغر حجمها ، احترازاً عن البئر والطاحونة ، والحمام

---

(١) القوانين الفقهية :ص٢٤٥ .

الصغير ، فإنه لا يجبر الممتنع على قسمتها ؛ لأنه ليس يحصل لكل شريك منها قطعة بعد القسمة ينتفع بها حماماً ولا طاحونة ، وتسمى هذه قسمة إجبار، كما تسمى قسمة إفراز[١].

وقال ابن أبي الدم[٢]: « وليس من شرط قسمة الإجبار تساوي الملكين بين المتشاركين ، بل لو ملك رجل تسعة أعشار دار ، وملك الآخر عشرها ، وكان عشر الدار يمكن الانتفاع به داراً وإن صغر ، فكل منهما إذا طلب أجبر الآخر إن امتنع ، أما إذا كان صاحب الكثير بتسعة أعشاره داراً ، وصاحب العشر لا ينتفع بعشرة داراً ، فإذا طلب صاحب الكثير القسمة ، وامتنع صاحب العشر أجبر على الصحيح من المذهب ، وإن تضرر . فإذا طلب صاحب العشر القسمة مع تضرره ، وامتنع صاحب الكثير مع عدم تضرره لا يجاب ، ولا يجبر صاحب الكثير» [٣].

الثانية: قسمة التعديل : وهي أن تعدل الأنصباء المختلفة بالقيمة لتحقيق

---

(١) انظر كفاية الأخيار : (٢/ ١٦٥) ، أدب القضاء لابن أبي الدم : (٢/ ٢٢٣- ٢٢٥) ، منهاج الطالبين : (٤/ ٣١٥-٣١٧) ، حاشية البيجوري على شرح متن أبي شجاع لابن القاسم الغزي : (٢/ ٣٥٠-٣٥٤) ، حاشية البجيرمي على الخطيب : (٤/ ٣٤٢) ، شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين : (٤/ ٣١٥ وما بعدها)، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين : (٤/ ٣١٥,٣١٦) .

(٢) إبراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم المعروف بابن أبي الدم من علماء الشافعية. مولده ووفاته بسورية وفي سنة ٦٤٢هـ . الأعلام: (١/ ٤٩) .

(٣) انظر كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم:(٢/ ٢٢٣-٢٢٥) .

المساواة بين الشركاء ، فتعدل السهام بالقيمة كأرض تختلف قيمة أجزائها لنحو قوة إنبات، وقرب ماء ، أو يختلف جنس ما فيها : كبستان بعضه نخل ، وبعضه عنب ، فإذا كانت الأرض مناصفة بين شريكين ، وكانت قيمة ثلثها المشتمل على ما ذكر كقيمة الثلثين الباقيين فيجعل الثلث سهماً ، والثلثان سهماً ويقرع بينهما [(١)].

ويجرى فيها الإجبار، فيلزم شريكه الآخر إجابته كما فى النوع الأول، فإن أمكن قسم الجيد وحده والردئ لم يجبر الشريك على التعديل .

ويجبر الشريكان على هذه القسمة فى منقولات متحدة القيمة مختلفة الصفة كثياب من نوع واحد ، كما يجبران عليها فى نحو دكاكين صغيرة متلاصقة متماثلة الأعيان ، أو الذوات للحاجة إلى القسمة ، بخلاف نحو الدكاكين الكبيرة أو الصغيرة غير المتلاصقة ؛ لشدة اختلاف الأغراض أو المقاصد باختلاف المحال والأبنية[(٢)] .

الثالثة: قسمة الرد: وهى ما يحتاج إلى رد شيء، بأن يحتاج فى القسمة إلى رد مال أجنبى كأن يكون بأحد الجانبين من الأرض ، نحو بئر كشجر لا يمكن قسمته ، فيرد من يأخذ بالقسمة الناتجة عن القرعة قسط قيمة البئر أو الشجر ، فلو كانت قيمة البئر أو الشجر ألفاً ، وحصته النصف ردّ الآخذ للبئر والشجر

---

(١) انظر حاشية البجيرمى على شرح الخطيب: (٤/ ٣٤٣).

(٢) انظر السابق ، وحاشية الشيخ عبد الله بن حجازى بن إبراهيم الشافعى الأزهرى الشهير بالشرقاوى على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب لشيخ الإسلام أبى يحيى زكرياً الأنصارى : (٢/ ٤٩٨-٤٩٩) .

خمسمائة ، ولا يجرى فيها الإجبار. ويعتبر النوع الأول إفرازاً للحق لا بيعاً والنوعان الآخران بيع [١].

إذن أجاز الشافعية تعديل القسمة بالنقود ، والقيمة فى غير الأموال المثلية مما لا يقبل الإفراز : كأرض تختلف قيمة أجزائها ، وبه يتبين أن القسمة عند الشافعية كغيرهم نوعان رئيسيان : قسمة إجبار ، وقسمة تراضٍ .

وقال الحنابلة : القسمة نوعان :

الأولى : قسمة التراضى : وهى لا تجوز إلا برضا الشركاء كلهم ، وهى التى فيها ضرر ، ورد عوض من أحدهما على الآخر ، كالدور الصغار والحمام والطاحون الصغيرين ، ولا إجبار فيها ، فإن طلب أحد الشريكين قسمة بعضها فى مقابل بعض لم يجبر الآخر ؛ لأن كل عين منها تختص باسم وصورة ؛ ولأن كل واحد منها منفرد ويقصد بالسكن ، ولكل واحد منها طريق مفرد . وهى تشبه قسمة الرد عند الشافعية ، بدليل أن الحنابلة قالوا « كل ما لا يمكن قسمه بالأجزاء ، أو التعديل لا يقسم بغير رضا الشركاء كلهم ، فإن قسموه أعياناً برضاهم بالقيمة جاز ؛ لأن الحق لا يعدوهم » [٢].

« وحكم قسمة التراضى كالبيع : أى كما قال الشافعية ؛ لأن صاحب الزائد بذل المال عوضاً عما حصل له من حق شريكه وهذا هو البيع ، والبيع محصور فيما يقابل بالرد أى العوض الذى رد من أحدهما على الآخر وإفراز فى الباقى» [٣].

---

(١) انظر حاشية البجيرمى :(٤/ ٣٤٤) ، وكتاب أدب القضاء :(٢/ ٢٢٦) ، وكفاية الأخيار : (٢/ ١٦٦) .

(٢) انظر كشاف القناع :(٦/ ٣٧١-٣٧٢) .

(٣) السابق .

وإذا كانت هذه القسمة بيعاً ، فلا يجوز فيها ما لا يجوز فى البيع ، ولا يجبر عليها الممتنع منها لحديث ابن عباس مرفوعاً : لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ» [(١)].

«ولو أمكن قسمه بالأجزاء مثل أن تكون البئر واسعة يمكن أن يجعل نصفها لواحد ونصفها للآخر ، ويجعل بينهما حاجزاً فى أعلاها ، أو يكون البناء كبيراً يمكن أن يجعل لكل واحد منهما نصفه ، أو أمكن القسم بالتعديل ، كأن يكون فى أحد جانبى الأرض بئر يساوى مائة وفى الجانب الآخر منها بئر يساوى مائة فهو من قسمة الإجبار ؛ لانتفاء الضرر » [(٢)].

الثانية: قسمة الإجبار : وهى ما لا ضرر فيها على الشريكين ولا على أحدهما، ولا رد عوض، كأرض واسعة وقرية ، وبستان ، ودار كبيرة ، ودكان واسع ونحوها ، سواء كانت متساوية الأجزاء أم لا ، إذا أمكن قسمتها بتعديل السهام من غير شىء يجعل معها ، فإذا لم يمكن تعديل السهام إلا بشىء يجعل معها فلا إجبار ؛ لأنه معاوضة فلا يجبر عليها من امتنع منها كسائر المعاوضات.

ومن أمثلتها: « قسمة مكيل أو موزون من جنس واحد كدهن من زيت، ولبن، وخل، وتمر ، وعنب ، ونحوهما ، وسائر الحبوب والثمار المكيلة. وإذا طلب أحد الشركاء القسمة فى المذكورات السابقة وأبى الشريك الآخر أجبر الممتنع ولو كان ولياً على صاحب الحصة؛ لأنه يتضمن إزالة الضرر الحاصل بالشركة، وحصول النفع للشريكين ؛ لأن نصيب كل واحد منهما إذا تميز كان

---

(١) سنن ابن ماجه: (٢/ ٧٨٤) كتاب الأحكام باب من بنى فى حقه ما يضر بجاره . مسند أحمد: (١/ ٣١٣) مسند ابن عباس .

(٢) انظر كشاف القناع :(٦/ ٣٧١-٣٧٢) .

له أن يتصرف فيه بحسب اختياره ، ويتمكن من إحداث الغرس والبناء ، وذلك لا يمكن مع الاشتراك » .

ويشترط للإجبار أيضاً أن يثبت عند الحاكم أنه ملكهم ببينة ؛ لأن فى الإجبار عليها حكماً على الممتنع منهما فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضا ، فإنه لا يحكم على أحدهما . ويشترط أيضاً أن يثبت عنده انتفاء الضرر » (١).

ومن ذلك فإن الحنابلة يجيزون كالشافعية التعديل فى القسمة بالقيمة ، والنقود فى غير الأموال المثلية ، ويقسم المال المشترك بالكيل إن كان من المكيلات وبالوزن إذا كان من الموزونات ، وبالعدد إذا كان من العدديات وبالذراع إن كان من الذرعيات .

أنواع القسمة فى القانون :

« والقسمة النهائية فى القانون إما أن تكون : قسمة كلية ، أو قسمة جزئية، وإما أن تكون : قسمة عينية ، أو قسمة تصفية ، وإما أن تكون : قسمة اتفاقية، أو قسمة قضائية » (٢).

والآن نتحدث عما تعنيه هذه الأقسام فى القانون :

القسمة الكلية : « وهى القسمة التى تتناول جميع الأموال الشائعة فتقسمها كلها بين الشركاء ، وتقرر نصيب كلاً منهم فى جميع هذه الأموال . وهذا هو الأصل فى القسمة النهائية » .

---

(١) انظر كشاف القناع : (٦/ ٣٧٥) ، منتهى الإرادات : (٢/ ٦٢٢) ، منار السبيل : (٢/ ٤٧٤) ، الروض المربع : ص٥٢٥ . المغنى:(١١/ ٥٠٢-٥٠٥) ، الشرح الكبير على متن المقنع : (١١/ ٥٠٠) .

(٢) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى :(٨/ ١١٧٧) .

القسمة الجزئية : « لا تتناول إلا بعض الأموال الشائعة ، فتقسمها بين الشركاء وتفرز نصيب كل منهم فيها ، أما ما بقى من الأموال فيبقى شائعاً على حاله. وقد تكون القسمة الجزئية بإفراز نصيب أحد الشركاء فى جميع الأموال الشائعة، وإبقاء سائر الشركاء على الشيوع فى جميع الأموال التى تبقى بعد اسبعاد النصيب المفرز » [١].

القسمة العينية : « هى قسمة الأموال الشائعة عيناً، فيفرز نصيب كل شريك فى نفس الأموال الشائعة. وهذا هو أيضاً الأصل فى القسمة النهائية ، وقد تكون القسمة العينية بمعدل إذا لم تتيسر إلا عن طريق أن بعض الشركاء ينال نصيباً أكبر من حصته ، فيدفع للشركاء الآخرين الذين نالوا نصيباً أقل مبلغاً من النقود يعدل أنصبتهم فتكون معادلة لحصصهم ، أما إذا أمكنت قسمة المال الشائع بحيث ينال كل شريك نصيباً مفرزاً من نفس هذا المال يساوى حصته الشائعة كانت هذه القسمة هى القسمة العينية بغير معدل» [٢].

(وهذا ما أشارت إليه المادتان ٨٣٦- ٨٣٧ من التقنين المدنى) .

وهذا هو أيضاً ما أشار إليه الفقهاء من قبل فى قسمة الرد والتعديل وقد لا يمكن القسمة العينية حتى مع المعدل فلا يكون هناك سبباً لقسمة المال الشائع إلا عن طريق التصفية .

قسمة التصفية : « التصفية معناها بيع المال الشائع فى المزاد وقسمة ثمنه بين الشركاء بنسبة حصصهم الشائعة ولما كان الثمن الذى يرسو به المزاد هو مبلغ

---

(١) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى : (٨/١١٧٨-١١٧٩) .

(٢) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى (١١٧٨ - ١١٧٩) ، والحقوق العينية الأصلية للدكتور جميل الشرقاوى ص١٥٩وقد بين القانون كيفية إجراء القسمة العينية فى المواد (٣٨٦، ٣٨٧) .

من النقود فإن قسمته بين الشركاء تكون دائماً ممكنة » [١] .

(وهو ما نصت عليه المادة ٨٤١ من التقنين المدنى) .

والقسمة النهائية: كلية كانت أو جزئية ، عينية كانت أو قسمة تصفية- تكون إما قسمة اتفاقية ، أو قسمة قضائية .

والمقصود بالقسمة الاتفاقية فى القانون هى : (قسمة الرضا) فى الفقه الإسلامى، والمقصود بالقسمة القضائية هى : (قسمة الإجبار) فى الفقه الإسلامى.

أولاً : القسمة الاتفاقية فى القانون :

والقسمة الاتفاقية : « هى إذا اتفق جميع الشركاء على إجرائها بالتراضى دون الالتجاء إلى القضاء ، فيتفقون على كيفية قسمة الأموال الشائعة كلها أو بعضها، كما يتفقون إذا اقتضى الأمر بيع المال الشائع بالمزاد ، على أن تكون المزايدة رضائية» [٢] .

وقد نصت المادة (٨٣٥) من التقنين المدنى على القسمة الاتفاقية ، وهى تقضى بأن « للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها، فإن كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون » .

قال الدكتور جميل الشرقاوى : « لإتمام القسمة بالتراضى يجب الاتفاق بين

---

(١) انظر الوسيط (٨/ ١١٧٨-١١٧٩)والحقوق العينية للدكتور جميل الشرقاوى ص١٦١ .
جاء فى شرح مجلة الأحكام العدلية فى المادة (١١٤١) لسليم بن رستم باز :« وحيث لا تجرى قسمة القضاء فى العين المشتركة التى فى تبعيضها وقسمتها ضرر بكل واحد من الشركاء فإن القاضى يأمر الشركاء بوجه من اثنين إما أن يستأجر أحدهم حصة البقية وإما أن يتهايئوا ».

(٢) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى :(١١٧٨ - ١١٧٩).

جميع الشركاء ، فلا يمكن أن تتم باتفاق الأغلبية ، ولو كانت الأغلبية الخاصة التى تملك التصرف فى الملك الشائع ، فحالة الشيوع لا تنهى بغير إجماع الشركاء على القسمة، ولكن اتفاق بعض الشركاء على القسمة ، وعدم انضمام باقيهم إلى هذا الاتفاق، لا يعنى جواز رجوع من سبقت له الموافقة على القسمة، عن رضائه بها، ذلك أن مثل هذا الاتفاق ، وإن كان لا ينفذ فى حق الشركاء الذين ليسوا أطرافاً فيه، يظل ملزماً لأطرافه، ولذا إن جاءت موافقة باقى الشركاء لاحقة للاتفاق، فإن الإجماع اللازم للقسمة يتحقق بهذا الإقرار الصادر من باقى الشركاء، وتصبح القسمة تامة منهية للشيوع، هذا إذا لم يتضمن الاتفاق على القسمة بين بعض الشركاء شرطاً بحق الرجوع فى الرضاء إن لم يوافق كل الشركاء فى أجل معين» [١].

« وإذا ما كان الشركاء كاملى الأهلية، فإنهم يقررون باتفاقهم طريقة القسمة التى يرضونها، فقد يختارون أن تكون القسمة عينية، فيفرزون نصيب كل منهم عيناً فى المال الشائع، وقد تكون هذه القسمة بمعدل، أو تكون بغير معدل، وقد يختارون أن تكون القسمة قسمة كلية كما هو الغالب، أو أن تكون قسمةجزئية فيبقون بعض المال فى الشيوع ويفرزون نصيب كل منهم فى المال الباقى ، أو يتفقون على تجنيب جزء مفرز من المال الشائع نصيباً لأحدهم ويستمر الباقون فى الشيوع فيما بقى من المال بعد التجنيب».

وقد يختارون القسمة بطريق التصفية ، وبخاصة إذا كان يتعذر قسمة المال عيناً. ويتفقون على بيع المال الشائع ، كله أو بعضه ، فى المزاد ويقتسمون ثمنه، وما عسى ألا يباع من المال يبقى شائعاً فيما بينهم أو يقتسمونه عيناً ، وقد يختارون البيع بالممارسة إذا أجمعوا على ذلك» [٢].

---

(١) انظر الحقوق العينية الأصلية الكتاب الأول حق المالكية للدكتور جميل الشرقاوى: ص١٥٠، ١٥١ .

(٢) انظر الوسيط للدكتور السنهورى :(٨/ ١١٨٧ - ١١٨٨).

أما إن كان بينهم شريك ناقص الأهلية[1]، فإن المادة (٨٣٥ مدنى) سالفة الذكر، تقضى، بمراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون، بقصد حماية مصالحه فى مثل هذا الاتفاق، وقواعد حماية ناقصى الأهلية يتضمنها قانون الولاية على المال (رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) وهو يقضى فى المادة (١/٤٠) بالنسبة للقاصر : « بأن على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى ، إذا كانت له مصلحة فى ذلك ، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة، والإجراءات الواجبة الاتباع ، وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة ؛ للتثبت من عدالتها . وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تتخذ إجراءات القسمة القضائية » .

وتقضى المادة (٧٩) من نفس القانون بأن : « يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى فى شأن قسمة مال القاصر من أحكام » .

ومما سبق: « يظهر أن قسمة المال الشائع الذى يملك فيه قاصر أو محجور عليه أو غائب، يجب أن يتم استئذان المحكمة قبل الاتفاق عليها بواسطة الوصى أو القيم أو وكيل الغائب، فإن قدرت المحكمة أن هناك مصلحة فى القسمة أذنت بها مع تعيين ما تراه لازماً من أسس لإتمامها وكذا ما تراه لازماً من اجراءات رعاية لمصلحة ناقص الأهلية ولا تنتهى رقابة المحكمة عند هذا الحد بل يجب أن يعرض عليها الاتفاق على القسمة ؛ للتثبت من عدالتها بالنسبة لفاقد الأهلية ، فإن لم ترض عنها رفضت إقرارها وأمرت بالقسمة القضائية، فإن لم تتبع هذه الإجراءات كان اتفاق النائب عن فاقد الأهلية على القسمة تصرفاً خارج حدود ولايته وبالتالى غير نافذ على القاصر والمحجور عليه أو الغائب » .

---

(١) انظر الحقوق العينية الأصلية للدكتور جميل الشرقاوى :ص ١٥١ ، والوسيط للدكتور السنهورى :(١١٨٧/٨ - ١١٨٨).

« وإذا أبرم الاتفاق على القسمة فاقد الأهلية بنفسه، فإن تصرفه يكون قابلاً للإبطال، وفقاً لقواعد البطلان بسبب فقدان الأهلية» [١].

وهذه القسمة الاتفاقية أو الرضائية فى القانون ، تقابل القسمة الرضائية عند الفقهاء على اختلاف مسمياتها عندهم بين الرد ، والتعديل والرضا .

ثانياً: القسمة القضائية:

وهى إذا لم يصل الشركاء إلى اتفاق جماعى على قسمة المال الشائع، كأن رفض بعضهم القسمة أساساً ، أو لم يستطيعوا الاتفاق على تحديد الأنصبة ، كان لأى منهم أن يلجأ إلى القضاء طالباً أن تتم القسمة بحكم المحكمة، وحينئذ تقوم المحكمة بإتمام القسمة رغم معارضة بعض الشركاء فى إتمامها [٢].

وحق كل شريك فى طلب القسمة مكفول بالمادة (٨٣٤ مدنى) التى تقرر أن « لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه» [٣].

وتتعين القسمة القضائية وسيلة لإنهاء الشيوع فى حالتين :

---

(١) انظر الحقوق العينية الأصلية للدكتور جميل الشرقاوى :ص١٥١ - ١٥٢ .

(٢) السابق :ص ١٥٤ .

(٣) تختلف المدة التى يبقى فيها الشيوع عن المدة التى تبقى فيها ملكية الأسرة، فملكية الأسرة لا تزيد عن خمس عشرة سنة ، أما الاتفاق على الشيوع العادى فلا يزيد على خمس سنوات. ولا يجوز فى ملكية الأسرة المطالبة بالقسمة، ولا يجوز للشريك أن يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعاً. الأعمال التحضيرية :(٦/ ١٥٣) والمواد من (٨٥١-٨٥٥ مدنى) .

الحالة الأولى: إذا لم تجمع آراء الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية وأراد أحدهم الخروج من الشيوع ، فليس أمامه إلا أن يلجأ إلى القسمة القضائية، فيرفع دعوى القسمة، وهذا ما أشارت إليه المادة (١/٨٣٦) « إذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية » .

الحالة الثانية: إذا انعقد إجماع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية ولكن كان فيهم من هو غير كامل الأهلية ، أو غائب فإنه يستخلص من المادتين ١/٤٠ و٧٩ من قانون الولاية على المال وجوب أن تكون القسمة قضائية فى فرضين:

الأول: أن يستأذن الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب المحكمة فى إجراء قسمة اتفاقية، فلا تأذن المحكمة، عندئذ يتعين أن تكون القسمة قضائية .

الثانى: أن تأذن المحكمة مبدئياً فى إجراء قسمة اتفاقية، وعندما يعرض عليها عقد القسمة للتثبت من عدالته لا تقره، وتقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية [١].

وإجراءات القسمة القضائية تكفل تحديداً عادلاً للأنصبة، يتم الحكم بالقسمة على أساسه ، دون الحاجة إلى رضائهم بها. والذى تختص به المحكمة الجزئية هو النظر فى إفراز نصيب كل شريك فى المال الشائع بأن تعين خبيراً عند الاقتضاء؛ لتكوين الحصص، وإجراء القسمة العينية بمعدل، أو بغير معدل، وتقدير هذا المعدل إن وجد ، وتعيين نصيب كل شريك بطريق التجنيب، أو بطريق الاقتراع ، وإعطاء كل شريك نصيبه المفرز ، وبإجراء القسمة بطريق

---

(١) انظر الحقوق العينية الأصلية للدكتور جميل الشرقاوى :ص ١٥٤ - ١٥٥ ، الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى :(١٢٠٥/٨) .

التصفية، إن تعذرت القسمة العينية ، وبيع المال الشائع فى المزاد العلنى وقسمة الثمن بين الشركاء [١]. وهذا ما أشارت إليه المواد (٨٣٦- ٨٣٧- ٨٣٩- ٨٤١).

والقسمة القضائية فى القانون هى ما يقابلها فى الفقه الإسلامى القسمة الإجبارية، وهى التى يتولاها القاضى بطلب أحد الشركاء ، وبعد تقسيم القاضى أو نائبه، فليس لبعض الشركاء الإباء بعد خروج بعض السهام .

وكما أن الفقهاء الإسلاميين قالوا إن قسمة القضاء لا تجرى فى العين المشتركة التى فى تبعيضها وقسمتها ضرر بكل واحد من الشركاء كالطاحونة إذا قسمت فلا تستعمل طاحونة فمن هذا الوجه تفوت المنفعة المقصودة ، فلا يسوغ للحاكم قسمتها بطلب أحد الشركاء وحده[٢] فقد نصت المادة (٨٤١ مدنى) على أنه :« إذا لم تمكن القسمة عيناً ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير فى

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهورى :(٨/ ١٢١٢) الحقوق العينية للدكتور جميل الشرقاوى ص١٥٤ . قال الأستاذ مصطفى الزرقاء:«إن فقهاءنا لم يوجبوا البيع الجبرى لإزالة الشيوع عند اختلاف الشركاء إذا كان المشترك غير قابل للقسمة، بل يستمر بينهم الملك ويتهايؤون ؛ لأن الإنسان لا يجبر على بيع ملكه » . وسنتكلم عن المهايأة بعد قليل .

واختار ابن تيمية : أن مالا يقبل القسمة من عقار وغيره يباع ويجبر الممتنع على البيع ثم يقسم الثمن بين الشريكين ، وهو الصواب فى نظرى حتى لا يؤدى إلى تعطيل الملك. وبذلك يكون القانون قد اتفق على رأى بعض الفقهاء فى بيع التصفية.

انظر المدخل الفقهى العام :(١/ ٢٦٥) ، وتيسير الفقه :(٣/ ١١٥٣) .

(٢) المادة (١١٤١) من مجلة الأحكام العدلية، وقد أشرنا إلى شرح هذه المادة فى الهامش من قبل .

قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالطريق المبينة فى قانون المرافعات وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع » .

وهذه تسمى قسمة التصفية التى سبقت الإشارة إليها .

أيضاً فإنه كما جاء فى الفقه الحنفى : أنه لا يجوز تقسيم الكتاب المشترك ، لا يجوز أيضاً تقسيم الكتاب المتعدد الأجزاء ، أو الجلود جلداً جلداً ، ولكن ينتفع كل بالمهايأة ، ولو تراضيا أن يأخذ كل بعضها بالقيمة لو كانت بالتراضى جاز، وإلا فلا ، ولا تقسم بالأوراق ، ولو برضاهم[1]؛ لأن هذا ينافى الغرض الذى أعد له الكتاب . وهذا ما أشار إليه القانون على أنه شيوع إجبارى، حيث جاء فى المادة (٨٥٠) من التقنين المدنى : « ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع » [2].

وجاء فى المذكرة الإيضاحية أن : « الشيوع الإجبارى هو شيوع دائم لا يجوز طلب القسمة فيه ، فهو يختلف عن الشيوع المؤقت ، فيما إذا اتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع مدة معينة، ويبرر الشيوع الدائم أن الغرض الذى أعد له المال الشائع يقتضى أن يبقى هذا المال دائماً فى الشيوع، مثل ذلك قنطرة شائعة بين الملاك المجاورين يعبرون عليها للطريق العام، فالغرض الذى أعدت له القنطرة هنا يقتضى أن تبقى دائماً شائعة ، ولا يصح طلب القسمة فيها» [3].

---

(١) المادة (١١٤٢) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لرستم باز .

(٢) كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ ص ٢٠٥ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية : (١٤١/٦) .

فلو كان الطريق المشترك بين مالكين مجاورين له ، كانت طبيعة حق كل شريك فى هذا الطريق على أحد وضعين .

الوضع الأول: أن يكون نصف هذا الطريق مملوكاً ملكية مفرزة للمالك المجاور لهذا النصف، ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور فى النصف الآخر، وهذا النصف الآخر مملوك أيضاً ملكية مفرزة للمالك المجاور له ، ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور فى النصف الأول .

والوضع الثانى: أن يكون الطريق بأجمعه مملوكاً ملكية شائعة للمالكين المجاورين، لكل منهما النصف فى الشيوع ، ونظراً لما أعد له هذا الطريق من غرض مشترك ، يكون الشيوع إجبارياً ، ولا تجوز القسمة ، وهذا الوضع الثانى -الملكية الشائعة شيوعاً إجبارياً- هو الوضع الصحيح [(١)] .

وهذا الشيوع الإجبارى الذى أشار إليه القانون يشبه الملك العام ، الذى سبق أن تكلمنا عنه .

حكم القسمة:

القسمة من العقود اللازمة التى لا يجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها إلا بالطوارئ عليها، والطوارىء ثلاثة : غبن، أو وجود عيب، أو استحقاق . . وسنبين ذلك عند الحديث على نقض القسمة ، ولبعض المذاهب تفصيل فى مبدأ اللزوم على النحو التالى :

قال الحنفية : تلزم قسمة التراضى ، والتقاضى بعد تمامها ، ولا يحتمل الرجوع عنهما بعد التمام .

---

(١) انظر الوسيط شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى :(١٢٠٨/٨) .

وأما قبل التمام فكذلك فى قسمة القضاء لا يجوز الرجوع ، وبيان ذلك أن الدار إذا كانت مشتركة بين قوم فقسمها القاضى ، فخرجت السهام كلها بالقرعة فلا يجوز لهم الرجوع وكذلك لا يجوز الرجوع إذا خرج بعض السهام دون البعض لأنه لو رجع أحدهم ؛ لأجبره القاضى على القسمة ثانياً فلا يفيد رجوعه . وإذا خرجت جميع السهام إلا سهماً واحداً ، فلا يجوز الرجوع أيضاً فى قسمة القضاء ؛ لأن ذلك السهم أصبح متعيناً لمن بقى من الشركاء .

وأما فى قسمة التراضى : فيجوز للشركاء الرجوع فى القسمة قبل تمامها؛ لأن قسمة التراضى لا تتم إلا بعد خروج السهام كلها، وكل عاقد بسبيل من الرجوع عن العقد قبل تمامه كما فى البيع نحوه [1].

وأطلق المالكية القول باللزوم فقالوا : والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها إلا بالطوارىء عليها . ويلزم ما خرج بالقسمة ، فليس لأحدهم نقضها، وكذا يلزم الشريك فى قسمة التراضى، فمن أراد الفسخ لم يكن منه[2].

وقال الشافعية: تلزم قسمة الإجبار من غير تراضٍ ، ومن المعلوم أن قسمة الإفراز والتعديل فيها الإجبار ، فإذا ترافع الشريكان إلى الحاكم ، وسألاه أن ينصب من يقسم بينهما ، فقسم قسمة إجبار ، لم يعتبر تراضى الشركاء ؛ لأنه لما لم يعتبر التراضى فى ابتداء القسمة ، لم يعتبر بعد خروج القرعة .

وأما قسمة التراضى قسمة رد ، فالأرجح عندهم أنه لابد من الرضا بها بعد

(١) انظر بدائع الصنائع :(٧/٢٨) .

(٢) انظر بداية المجتهد :(٢/٤٠٤) ، الشرح الصغير :(٣/ ٢٧٤) .

خروج القرعة ، ولا يلزم حكم الحاكم إلا برضا الشركاء ؛ لأنه لما اعتبرالرضا بالقسمة ابتداء، اعتبر بعد خروج القرعة [١] .

وقال الحنابلة: تلزم عندهم قسمة الإجبار، فإذا قسم بينهما قاسم الحاكم قسمة إجبار، فأقرع بينهما، لزمت قسمته بغير رضاهما؛ لأن رضاهما لا يتعين فى ابتداء القسمة، فلا يتعين فى أثنائها وهم فى ذلك كالشافعية .

وفى قسمة التراضى أنه إذا خرجت القرعة لزمت القسمة ، وهو الأرجح عندهم، فإن نصبا عدلاً عالماً يقسم بينهما ، لزمتهما قسمته بالقرعة ؛ لأن القاسم كالحاكم ، وقرعته كالحاكم ، فوجب أن تلزم قرعته ، وإن كان القاسم بينهما فاسقاً أو جاهلاً أو قسما بأنفسهما لم يلزمه إلا بتراضيهما ؛ لأن رضاهما معتبر فى الأول، ولم يوجد ما يزيله[٢] .

والقسمة الاتفاقية أو قسمة التراضى ، لا تتم ولا تلزم إلا بتراضى الشركاء، ولا يجوز نقضها إلا إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشىء وقت القسمة . (مادة ٨٤٥/١) من التقنين المدنى. والقانون فى هذا قريب من مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة وهذا ما نراه ؛ إذ أن القسمة الاتفاقية لا تلزم إلا بالتراضى.

أما القسمة القضائية فهى لازمة ولا يجوز الطعن فيها بالغبن ؛ إذ المفروض أن هذه القسمة قد أحيطت بالضمانات الكافية التى من شأنها دفع الغبن عن المتقاسمين، وكفالة المساواة فيما بينهم [٣] .

---

(١) انظر المهذب :(٢/٣٠٩) .

(٢) انظر الكافى فى فقه أحمد:(٤/ ٣٢٣-٣٢٤)، المقنع لابن قدامة: ص ٣٣٧ ، منار السبيل :(٢/ ٤٢١) .

(٣) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى :(٨/ ١١٩٣) .

لكننا نرى أنه يمكن أن يقع الغبن فى قسمة التقاضى ، وإذا وقع فيمكن الطعن فيها ، والآثار التى تترتب على القسمة : هو أن يستقل كل شريك بنصيبه عن نصيب غيره، فيملك حصته ملكاً تاماً مستقلاً به عن نصيب شركائه بعد القسمة . ويملك المقسوم له فى المقسوم جميع التصرفات المختصة بالملك المطلق [١].

وهذا ما نصت عليه المادة (٨٤٣ مدنى) : « يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع ، وأنه لم يملك غيرها شيئاً فى بقية الحصص».

(١) انظر بدائع الصنائع :(٧/٢٨) .

شروط القسمة

أولاً: شروط قسمة التراضي:

اشتراط الحنفية شروطاً فى قسمة التراضى هى ما يأتى :

١- أهلية المتقاسمين:

وهى : العقل فلا تجوز قسمة المجنون والصبى الذى لا يعقل ؛ لأن العقل من شرائط أهلية التصرفات الشرعية ، وأما البلوغ فليس بشرط لجواز القسمة حتى تجوز قسمة الصبى الذى يعقل بإذن وليه ، ولكن الإسلام والذكورة والحرية ليست بشرط لجواز القسمة ، فتجوز قسمة الذمى والمرأة والمكاتب والمأذون، لجواز البيع منهم .

٢- الملك أو الولاية: فلا تجوز القسمة بدونهما:

أما الملك : فهو أن يكون المتقاسم مالكاً عين ما يقسمه وقت القسمة، فيقسمه الشركاء بالتراضى ، فإن لم يكن المقسوم مملوكاً للمتقاسم فلا تجوز القسمة؛ لأن القسمة إفراز بعض الأنصباء ، ومبادلة البعض ، وكل ذلك لا يصح إلا فى الشىء المملوك .

وأما الولاية فنوعان : ولاية قضاء ، وولاية قرابة . وشرط ولاية القضاء الطلب فيقسم القاضى وأمينه على الصغير والكبير ، والذكر والأنثى ، والمسلم والذمى ، والحر والعبد ، والمأذون والمكاتب ، عند طلب الشركاء كلهم أو بعضهم.

ولا يشترط ذلك فى ولاية القرابة ، فيقسم الأب ووصيه ، والجد ووليه على الصغير والمعتوه من غير طلب أحد، والأصل فيه أن كل من له ولاية البيع فله ولاية القسمة ومن لا فلا، ولهؤلاء ولاية البيع فكانت لهم ولاية القسمة .

ولا يقسم وصـي الميت على الموصـى له ؛ لانعدام ولايته عـليه ، وكذا لا يقـسم الورثـة عليـه ؛ لانعدام ولايتـهم علـيه ؛ لأن الموصـى له كواحـد من الورثة[1].

٣- حضور الشركاء أو نوابهم :

فلا تصح القسمة على غائب وتنقـض القسمة لو اقتسم الشركاء ، وأحدهم غائب، هذا فى قسمـة التراضى ، أما فى قسمة التقاضى ، فتـنفذ القسمة ولا تنقض [2].

٤- رضا الشركاء فيما يقسمونه بأنفسهم :

إذا كانوا من أهل الرضـا، أو رضا من يقوم مقامهم، فإن لـم يوجد الرضا فلا تصح القسمة .

قال الحصكفى: [3]« وصحت برضا الشركاء إلا إذا كـان فيهم صغير ، أو مجنون لا نائب عنه ، أو غائب لا وكيل عنـه ؛ لعدم لزومها حينئذ إلا بإجازة القاضى أو الغائب أو والصبى إذا بلغ أو وليه» [4].

وجاء فى المادة (١١٢٨) من مجلة الأحكام العـدلية أنه: « يشترط فى قسمة التراضى رضا كل واحد من المتقاسمـين وبناء عليه : إذا غاب أحدهم لا تصح قسمة الرضا ، وإذا كان فى جملتهم صغير فوليه ، أو وصيه قائم مقامه ، وإن

---

(١) انظر بدائع الصنائع :(١٨/٧ ، ١٩، ٢٢ ، ٢٤) .

(٢) انظر الفقه الإسلامى وأدلته :(٦٦٦/٥) ، بدائع الصنائع :(١٨/٧ ، ١٩) .

(٣) محمد بن علـى بن محمد الحصنى المعروف بـعلاء الدين الحصكفى مفتـى الحنفية فى دمشق توفى سنة ١٠٨٨هـ . انظر الأعلام : (٢٩٤/٦) .

(٤) انظر الدر المختار :(١٦٩/٥) ، وبدائع الصنائع :(٢٢/٧) .

لم يكن للصغير ولى ، ولا وصىّ كان موقوفاً على أمر الحاكم ، فينصب وصىّ من طرف الحاكم وتصير القسمة بمعرفته » .

وكذلك قال الشافعية :« يشترط فى قسمة التراضى بأنواعها من رد وغيره رضا الشركاء حتى بعد خروج القرعة، ولو ثبت بحجة غلط ، أو حيف فى قسمة الإجبار ، أو قسمة التراضى التى تكون بالإفراز ، نقضت القسمة بنوعيها، فإن كانت بالتعديل ، أو بالرد لم ينقض؛ لأنها بيع» [(١)].

وأما القانون فكما بينا من قبل فقد نصت المادة (٨٣٥) من القانون المدنى على أن : « للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها، فإن كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون » وهذه المادة تقضى بوجوب رضا الشركاء فى قسمة التراضى، وأما الإجراءات التى تقضى المادة (٨٣٥) بمراعاتها ، فقد تضمنها فانون الولاية على المال رقم (١١٩ لسنة ١٩٥٢) ، وهو يقضى فى المادة (٤٠/ ١) بالنسبة للقاصر : « بأن على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذ كانت له مصلحة فى ذلك فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة ؛ للتثبت من عدالتها ، وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تتخذ إجراءات القسمة القضائية » [(٢)].

---

(١) انظر حاشية البجيرمى على شرح الخطيب : (٤/ ٣٤٤) ، حاشية البيجورى على شرح متن أبى شجاع لابن قاسم الغزى : (٢/ ٣٥٠-٣٥١) .

(٢) انظر الحقوق العينية الأصلية للدكتور جميل الشرقاوى :ص ١٥١ .

وتقضى المادة (٧٩) من نفس القانون بأنه : « يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى فى شأن قسمة مال القاصر من أحكام »[1].

أى أن القانون يشترط الأهلية فى المتقاسم مثلما اشترطها الفقهاء ، واشترط القانون أنه لا يقسم على الغائب إلا بإذن من المحكمة ، وذلك فى قسمة التراضى، وينطبق على الغائب ما ينطبق على القسمة فى مال القاصر ، وعند فقهاء الحنفية تنقض القسمة لو اقتسم الشركاء وأحدهم غائب ، إلا إذا أجازها الغائب .

(١) انظر الحقوق العينية الأصلية للدكتور جميل الشرقاوى :ص ١٥١ .

شروط قسمة الإجبار

يشترط فى قسمة الإجبار ما يأتى:

أولاً: طلب أحد الشركاء أو كلهم من القاضى قسمة المشترك : حتى أنه إذا لم يوجد الطلب من أحد من الشركاء لم تجز القسمة ؛ لأن القسمة من القاضى تصرف فى ملك الغير، والتصرف فى ملك الغير من غير إذنه محظور ، إلا أنه عند طلب البعض يرتفع الحظر ؛ لأنه إذا طلب علم أن فى استبقاء هذه الشركة ضرراً [١]، فالقسمة فى ذلك من باب دفع الضرر فإذا طلب شريك وأبى الآخر، يقسم الشىء المشترك جبراً بين الشركاء إذا كان قابلاً للقسمة دفعاً للضرر، فإن لم يكن قابلاً للقسمة تناوب الشركاء فى الانتفاع بطريق المهايأة كما سنبين ، وقد نصت على ذلك مجلة الأحكام العدلية فى المادتين (١١٢٩-١١٣٠) [٢].

ثانياً: ألا يترتب على القسمة ضرر ؛ لأنه إذا كان فى القسمة ضرر لم تتحقق المنفعة المطلوبة من المال . وقد بينا ذلك عند الحنفية من قبل عند الحديث عن قسمة التفريق وعن نوعية المال [٣].

وقال المالكية [٤]: إن كان الشئ المشترك مما يحتمل القسمة بلا ضرر كالأرضين ، وغيرها أجبر على القسمة من أباها، وأما إذا كان المال المشترك غير قابل للقسمة من عقار ، كحانوت وبيت صغير وغيره من عرض كعبد

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٧/١٩- ٢٠ -٢١-٢٢) ، منتهى الإرادات :(٢/ ٦٢٢) .

(٢) انظر الفقه الإسلامى وأدلته :(٥/٦٦٧) .

(٣) انظر قسمة التفريق فيما سبق ، وانظر شرح العناية على الهداية وتكملة فتح القدير : (٩/ ٤٣٦ ، ٤٣٧) .

(٤) انظر القوانين الفقهية لابن جزى : ص٢٤٦ ، الشرح الصغير :(٣/ ٢٧٥) ، الفقه الإسلامى وأدلته :(٥/ ٦٦٨) .

وسيف فيباع ، ويوزع ثمنه بين الشريكين بحسب الحصة، ويجبر على البيع من أباه من الشركاء بشروط أربعة وهى :

١- أن تنقص حصة مريد البيع لو باعها مفردة عن حصة شريكه، فإن لم تنقص لو بيعت مفردة لم يجبر له الآبى عن البيع ؛ لعدم الضرر ، كما لا يجبر فيما يقبل القسمة أى فى المال المثلى .

٢- ألا يلتزم رافض البيع لشريكه بتحمل فرق النقصان .

٣- ألا يملك مريد البيع حصته مفردة : فإن ملكها مفردة وأراد بيعها، وأبى صاحبه البيع معه، لم يجبر على البيع معه، وعلى هذا فإن تملك الشريكان المال المشترك معاً بإرث، أو شراء، أو غيرهما جاز إجبار الممتنع على البيع .

٤- ألا يكون المال المشترك متخذاً للاستغلال أو الكراء، أو مشترى للتجارة، فإن كان متخذاً للغلة، أو اشتروه للانتفاع فى غير غلة ، ولو للتجارة على المعتمد، لم يجبر الآبى على البيع مع من أراد البيع [1].

وقال الشيرازى من الشافعية [2]:«وإن طلب أحد الشريكين القسمة وامتنع الآخر نظرت فإن لم يكن على واحد منهما ضرر فى القسمة كالحبوب والأدهان والثياب الغليظة، وما تساوت أجزاؤه من الأرض والدور أجبر الممتنع؛ لأن الطالب يريد أن ينتفع بماله على الكمال، وأن يتخلص من سوء المشاركة من غير إضرار بأحد، فوجبت إجابته إلى ما طلب، وإن كان عليهما ضرر كالجواهر والثياب المرتفعة التى تنقص قيمتها بالقطع، والرحى الواحدة والبئر والحمام الصغير لم يجبر الممتنع، لقوله- ﷺ- : «لاضرر ولا ضرار»[3]،

---

(١) انظر الشرح الصغير :(٣/ ٢٧٥-٢٧٦) ، الفقه الإسلامى وأدلته :(٥/ ٦٦٨).

(٢) إبراهيم بن على بن يوسف الفيروزآبادى الشيرازى ولد بفارس ومات ببغداد سنة ٤٧٦هـ وهو فقيه شافعى . الأعلام: (١/ ٥١) .

(٣) سبق تخريج الحديث :ص٧٤ ، ٢١١ .

ولأنه إتلاف مال وسفه يستحق بها الحجر فلم يجبر عليه» [١].

وقال البجيرمى[٢]: « إن ما عظم ضرر قسمته إن بطل نفعه بالكلية كجوهرة وثوب نفيسين منعهم الحاكم منها، وانتفعوا بها مهايأة، وإن لم يبطل نفعه بالكلية كأن نقص نفعه، أو بطل نفعه المقصود لم يمنعهم ولم يجبهم، فالأول كيف يكسر، والثانى كحمام وطاحونة » [٣].

ولو كان هناك مال مشترك بين الاثنين، لأحدهما حصة قليلة كعشر دار أو حمام، أو أرض ، وللآخر الأكثر وهو الباقى أجبر صاحب الأقل على القسمة بطلب الآخر لا عكسه [٤].

وقال الحنابلة : إذا طلب أحدهما القسمة فامتنع الآخر أجبر الممتنع على القسمة بشرط ألا يكون فيها ضرر ، فإن كان فيها ضرر لم يجبر الممتنع لقوله- ﷺ- : «لاضرر ولا ضرار» وأن يكون ما يأخذه كل واحد منهما يمكن الانتفاع به [٥].

والضرر المانع من قسمة الإجبار : هو نقص قيمة المقسوم؛ لأن نقص قيمته ضرر منتف شرعاً [٦].

---

(١) المهذب :(٢/ ٣٧) .

(٢) البجيرمى :الشيخ سليمان البجيرمى الشافعى ولد فى الغربية بمصر وتوفى سنة ١٢٢١هـ. انظر الأعلام :(٣/ ١٣٣) .

(٣) حاشية البجيرمى على شرح الخطيب :(٤/ ٣٤٠) .

(٤) انظر الفقه الاسلامى وأدلته :(٥/ ٦٦٩) .

(٥) انظر الروض المربع :ص ٥٢٥ ، المغنى :(١١/ ٤٩٢-٤٩٣-٥١٥) .

(٦) انظر كشاف القناع :(٦/ ٣٧٢ - ٣٧٣) .

ثالثاً: أن تكون القسمة عادلة غير جائرة : وهى أن تقع تعديلاً للأنصباء من غير زيادة علـى القدر المستحق من الـنصيب ، ولا نقصان عنـه ؛ لأن القسمة إفراز بعض الأنصبـاء، ومبادلة البعض ، ومبنى المبـادلات على المراضاة ، فإذا وقعت جائـرة لم يوجد التراضـى ، ولا إفراز النصيب عـلى نحو كامل لـبقاء الشركة فى جزء ما فتعاد [١].

رابعاً: أن يكون المال المشترك فى قسمة الجمع من جنس واحد : ولا تجوز فى جنسين ؛ لأنـها عند اتحاد الجنـس تقع وسيلة إلـى ما شرعت له وهو تـكميل منافع الملك ، وعند اختلاف الجنس تقع تفويـتاً للمنفعة لا تكميلاً لها . وعلى هذا لا خلاف فى الأمثال المتساوية ، وهـى : المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة من جنس واحد أن تقسم قسمة جمع ؛ لأنه يمكن استيفاء ما شرعت له القسمة فيها من غير ضرر ؛ لانعـدام التفاوت ؛ لأن التفاوت عند اتحاد الجنس والمطلـوب لا يتفاحش بـل يقل، والتفاوت الـقليل ملـحق بالعدم ، أو يـجبر بالقيمة، فيمكن تعديل القسمة فيه [٢].

فإن كان من أجناس مختلفة كالحنطة والشعي ر، والقطن والحديد ، والجوز واللوز، واللآلئ واليـاقوت، وأنواع الحيوان كالخيل مع الإبل، لم تـقسم قسمة جمع؛ لأن قسمـة الجمع- كما قلنا- عنـد اتحاد الجنس تقع وسيلـة إلى تحقيق المقصـود منها، وهو تكـميل منافع المـلك، وعند اختـلاف الجنس تقع تفـويتاً للمنفعة لا تكميلاً لها [٣].

---

(١) انظر بدائع الصنائع :(٧/ ٢٦) .

(٢) انظر بدائع الصنائع :(٧/ ٢١) ، حاشية ابن عابدين والدر المختار:(٥/ ١٧١-١٧٢).

(٣) السابق :(٧/ ٢١) .

وأيضاً فإن القانون قد كفل لكل شريك حق المطالبة بالقسمة عن طريق المحكمة إذا لم يتوصل الشركاء إلى قسمة المال بينهم وهذا مانصت عليه المادة (٨٣٤) من القانون المدنى : « لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبراً على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين ، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه » .

وعند الاختلاف يلجأ من يريد القسمة إلى المحكمة :

وقد نصت المادة (٨٣٦/ ١ ، ٢) على ذلك : «١- إذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية . ٢- وتندب المحكمة إن رأت وجهاً لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان المال يقبل القسمة عيناً دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته » .

ونصت المادة (٨٣٧/١ ، ٢) على الآتى : «١- أن يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية ، فإن تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته . ٢- وإذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عيناً عوض بمعدل عما نقص من نصيبه» .

وهذه هى قسمة التعديل التى تحقق العدالة التى اشترطها الفقهاء فى هذه القسمة .

النوع الثاني: قسمة المنافع أو المهايأة:

تعريف المهايأة: جاء فى المصباح المنير؛ تهايأ القوم تهايؤاً من الهيئة : جعلوا لكل واحد هيئة معلومة والمراد : النوبة [١].

والمهايأة : الأمر المتهايؤ عليه . وهى أمر يتهايؤ القوم فيتراضون به [٢].

والمهايأة فى اللغة : مفاعلة من الهيئة وهى الحالة الظاهرة للمتهيىء للشىء والتهايؤ تفاعل منها ، وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضون به . وحقيقته أن يتراضى الشركاء بهيئة واحدة بأن ينتفع هذا بهذا النصف المفرز ، وذلك بذلك النصف، أو أن ينتفع هذا بكل الشىء فى كذا من الزمان ، والثانى بقدر مدة الأول [٣].

والمهايأة شرعاً عند الحنفية هى : عبارة عن قسمة المنافع [٤].

وعرفها المالكية : بأنها اختصاص كل شريك عن شريكه فى شىء متحد كدار، أو متعدد كدارين بمنفعة شىء متحد أو متعدد فى زمن معلوم وبناء عليه: تعين الزمن شرطاً ؛ إذ به يعرف قدر الانتفاع وإلا فسدت المهايأة [٥].

---

(١) المصباح المنير للفيومى :ص٦٤٥ مادة (هيأ) .

(٢) لسان العرب لابن منظور :(٦/ ٤٧٣٠) مادة (هيأ) .

(٣) انظر شرح الكنز لمحمد منلامسكين وحاشية أبى السعود :(٣/ ٣٥٤) ، مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر للفقيه عبد الله ابن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بدماد أفندى :(٢/ ٤٩٦) .

(٤) انظر حاشية ابن عابدين :(٥/ ١٧٦) ، العناية على شرح الهداية :(٩/ ٤٥٦) ، حاشية أبى السعود :(٣/ ٣٥٤) ، مجمع الأنهر :(٢/ ٤٩٦) .

(٥) انظر الشرح الصغير :(٣/ ٢٦٧-٢٦٨) ، الشرح الكبير :(٣/ ٤٩٨) .

وسميت بالمهايـأة؛ لأن كل واحد هيأ لصاحبه ما ينتفـع به ، ويقال : تهايؤ وتهانؤ؛ لأن كل واحد هنأ صاحبه بما دفعه له من الانتفاع به [١].

وقد عرف الدكتور جميل الشرقاوى المهايأة بأنها : تقسيم مؤقت يهدف إلى تمكين كل شـريك فى الملك الشـائع من قدر من الانتـفاع به يناسب حـصته، ويكون ذلـك إما بتخـصيص كل شريـك بجزء مفرز مـن الشيء يمارس عـليه سلطـاته فى الاستعمـال أو الاستغلال ، وإما بالاتـفاق على استقـلال كل من الشركاء بـاستعمال كل الـشيء المملوك على الـشيوع ، واستغلالـه خلال فترة محددة، ينتقل بعدها الانتفاع به إلى شريك آخر وهكذا [٢].

مشروعية قسمة المهايأة:

المهايأة جائزة اسـتحساناً [٣] للحـاجة إليها ؛ إذ قد يـتعذر الاجتمـاع على الانتفاع، والقياس ألا تجـوز ؛ لأنها مبادلة منفعة بجنـسها ؛ لأن كل واحد من الشريكين ينـتفع فى نوبته بملك شريـكه ، عوضاً عن انتفاع شريكـه بملكه فى نوبته .

---

(١) انظر الشرح الصغير :(٣/ ٢٦٧- ٢٦٨) .

(٢) انظر الحقوق العينية الأصلية : ص ١١٦ .

(٣) الاستحسان هو : ترجيح قياس خفى على قـياس جلى بناء على دليل: أو هو استثناء مسألة جزئية من أصل كلى ، أو قاعدة عامة بناء على دليل خاص يقتضى ذلك .
انظر الإحكـام فى أصول الأحكام للآمـدى :(٤/ ٢٠٩) المستصفى مـن علم الأصول للغزالى : ص ١٧١ .
الموافقات فى أصول الأحكام لابن حزم :(٦/ ١٩٢ وما بعدها) أصول الفقه الإسلامى للدكتور وهبة الزحيلى :(٢/ ٧٣٩) .

ولكن ترك القياس بما جاء فى القرآن ، فقد استدلوا على مشروعيتها به وبما جاء فى السنة وبالإجماع .

أما القرآن فقوله تعالى: ﴿ قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ ﴾(١) . أى أن الانتفاع بين قوم صالح وبين الناقة على التناوب ، وشريعة من قبلنا تلزمنا مالم يرد نسخ (٢)وهذه هى المهايأة .

وبالسنة : إذ قد ورد عنه ﷺ فى غزوة بدر أنه قَسَمَ كُلَّ بَعَيرِ بين ثلاثة، وكانوا يتهايؤون فى الرّكُوبِ (٣).

واستدلوا على مشروعيتها أيضاً بالإجماع (٤)وذلك لحاجة الناس إليها؛ إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع ؛ ولهذا يجرى فيه جبر القاضى إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره، ولم يطالب قسمة العين كما يجرى فى القسمة (٥).

---

(١) سورة الشعراء آية : ١٥٥ .

(٢) والخلاف فى هذه المسألة هو ما قصه الله علينا ، أو رسوله من أحكام الشرائع السابقة ولم يرد فى شرعنا مايدل على أنه مكتوب علينا كما كتب عليهم ، أو أنه مرفوع عنا ومنسوخ. فالبعض يرى أنه شرع لنا ، وقال البعض الآخر : لا يكون شرعاً لنا .
علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٩٣ - ٩٤ ، الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين للدكتور خليفة بابكر الحسن : ص ٧٢ ، أصول التشريع الإسلامى للشيخ على حسب الله : ص ٨١ ، اللمع للشيرازى :ص٣٥ ، أصول الأحكام الشرعية للدكتور يوسف قاسم :ص ١٧٢ .

(٣) مسند الإمام أحمد : (٤١١/١) من مسند عبد الله بن مسعود ، وزاد المعاد لابن القيم : (١٢٥/٢) .

(٤) انظر حاشية أبى السعود : (٣٥٤/٣) ، شرح العناية على الهداية:(٤٥٦/٩) .

(٥) انظر شرح العناية على الهداية :(٤٥٦/٩) .

وقسمة الأعيـان أقوى من المهايأة ؛ لأن الأولى جمع المنـافع فى زمان واحد على الدوام ، والتهايؤ جمع المنافع على التعاقب بصفة وقتية .

فإذا طلب أحـد الشريكين القـسمة أعياناً والآخـر مهايأة ، يجيـب القاضى الأول ويقسم. ولو وقـعت فيما يحتمل الـقسمة ، ثم طلب أحدهمـا القسمة يقسـم وتبطل المـهايأة ؛ لأنه أبلـغ ، ولا يبطل التـهايؤ بموت أحـدهما ، ولا بموتـهمـا ؛ لأنه لو انـتقـض لاستأنـفه الحاكـم ، فلا فـائدة فى الـنقـض ثم الاستئناف[١] .

وقد نظم الـقانون المدنى نوعـى المهايأة (الزمانـية والمكانية) فـى المواد من (٨٤٦- ٨٤٩) .

محل المهايأة :

إن محلها المنافع دون الأعيان ؛ لأنها قسمة المنفعة دون العين، فكان محلها المنفعة دون العين . وعلى هذا : لو اتفق اثنان على أن يسكن أحدهما فى قسم من دار ، والآخر فى القسم الباقى ، أو علـى أن يسكن أحدهما العلو والآخر السفـل صح ، وله إجارتـه ، وأخذ غلته ، وكـذا تجوز المهايـأة فى الأراضى المشتركة على أن يأخذ كل واحد منهما نصفها ويزرع ؛ لأن ذلك قسمة المنافع، وهو معنى المهايآت [٢] .

---

(١) انظر الهداية للمرغينانى :(٩/ ٤٥٦)، اللباب شرح الكتاب :(٤/ ١٠٦) .

(٢) انظر بدائع الـصنائع : (٧/ ٣١ -٣٢) ، حاشية ابن عابـدين : (٥/ ١٧٦) ، حاشية أبى السعود : (٣/ ٣٥٥) ، الـشرح الكبير للدرديرى ، وحاشـية الدسوقى : (٣/ ٤٩٩) .

أما لو تهايأ فى نخل أو شجر على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها لا يجوز ، وكذلك إذا تهايـأ فى الغنم المشتركة على أن يأخـذ كل واحد منهما قطيعاً ، وينتفع بألبانها لا يجـوز ؛ لأن هذا عقد قسمة المنافع ، والثمر واللبن عين مال ، فلا يصلح محلاً للمهـايأ ة، ولا يدخل تحت عقد المهايآت ، وهذا متفق عليه بين الفقهاء (١).

وقد نصـت المادة (١١٧٥) من مجلـة الأحكام العـدلية على أن :« المـهايأة لا تجرى فى المثليات ؛ إذ لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ؛ لأنها قابلة للقسمة فلا حاجة إلى المهايأة ، بل فى القيميات التـى يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها» كالدار والأرض والحيوان ، وخرجـت التى لا يمكن الانتفاع بها مع بـقاء عينها كالثمر ولبن الحيوانات وصوفها (٢).

وقد أشارت المادتان (٨٤٦، ٨٤٧) من الـقانون المدنى على أن محـل قسمة المهايأة هى المنافع وسنذكرهما بعد قليل .

حكم المهايأة:

اختلف الفقهاء فى ذلك، فرأى الجمهور بأنها غير لازمة، ورأى المالكية بأنها لازمة .

قال الحنفية: المهـايأة بالتراضى زماناً ، أو مكاناً عقـد غير لازم، فلو طلب أحدهما المهايأة وطلب الآخر القسمة يجاب الثانى (٣).

---

(١) انظر بدائـع الصنائع : (٧/ ٣٢) ، الشرح الـكبير مع حاشيـة الدسوقى: (٣/ ٤٩٨، ٤٩٩) ، كشاف القناع : (٦/ ٣٧٣-٣٧٤) .

(٢) انظر كتاب شرح المجلة لسليم بن رستم باز :ص٥٩٧-٥٩٨ .

(٣) انظر حاشية ابن عابدين :(٥/ ١٧٧) .

وقال الكاسانى : «هى عقد غير لازم حتى لو طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايآت قسم الحاكم بينهما وفسخ المهايآت ؛ لأنها كالخلف عن قسمة العين، وقسمة العين كالأصل فيما شرعت له القسمة ؛ لأن القسمة شرعت لتكميل منافع الملك ، وهذا المعنى فى قسمة العين أكمل [١].

ولأن قسمة العين أقوى من قسمة المنفعة ؛ لأن فى الأولى تجتمع المنافع فى وقت واحد على الدوام ، وفى الأخرى تجتمع على التعاقب .

«ولهذا لو طلب أحدهما القسمة قبل المهايآت أجبره الحاكم على القسمة، فكان عقداً جائزاً ، فاحتمل الفسخ كسائر العقود الجائزة، ولا تبطل بموت أحد الشريكين بخلاف الإجارة ؛ لأنها لو بطلت المهايأة لأعادها القاضى للحال ثانياً» [٢] أى استأنفها القاضى حالاً ولا فائدة من الاستئناف كما لا فائدة فى الانقضاء والإبطال لأنه يجوز لكل واحد فسخها بغير رضا الآخر [٣].

أما المهايأة بالتقاضى : فهى عقد لازم كما ذكر ذلك ابن عابدين، فلا يجوز نقضها بلا عذر ما لم يصطلحا [٤].

وقال الشافعية : المهايأة عقد غير لازم، ولكل من الشريكين الرجوع عنها متى شاء ولا إجبار فيها من القاضى [٥].

وقال البهوتى من الحنابلة : « إن قسمة المنافع بالزمان أو المكان جائزة وليست لازمة، سواء عينا مدة أو لم يعيناها كالعارية من الجهتين، فلو رجع أحدهما

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٣٢/٧) .

(٢) انظر السابق : (٣٢/٧) ، الهداية : (٤٥٦/٩) ، حاشية ابن عابدين : (١٧٧/٥) .

(٣) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٦٩٧/٥) .

(٤) انظر حاشية ابن عابدين : (١٧٧/٥) .

(٥) انظر حاشية البجيرمى : (٣٤٥/٤) .

قبل استيفاء نوبته فله ذلك، وإن رجع بعده أى بعد استيفاء نوبته أعطى شريكه من أجرة المثل لزمن انتفاعه بالانفراد » [١].

وقال ابن قدامة :«ولا تلزم المهايأة ، بل متى رجع أحدهما عنها انقضت المهايأة، ولو طلب أحدهما القسمة كان له ذلك وانقضت المهايأة . . . ؛ لأنه بذل منافع ليأخذ منافع من غير إجارة فلم يلزم ، كما لو أعاره شيئاً ليعيره شيئاً آخر إذا احتاج إليه » [٢].

وقال الدرديرى[٣]:« إن عين الزمن فهى لازمة ، وإلا فلا، فلكل واحد منهما أن ينحل متى شاء. وهى كالإجارة فى تعيين الزمن وفى اللزوم » [٤].

أما فى القانون فقد نصت المادة (٨٤٨) من التقنين المدنى على أن تنطبق أحكام الإيجار على قسمة المهايأة فقضت بأن : « تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم، وطرق الإثبات، لأحكام عقد الإيجار، مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة » [٥].

وبما أن عقد الإيجار عقد لازم، فتكون قسمة المهايأة لازمة وخاصة إذا كانت القسمة قسمة مهايأة زمانية، فإنه إذا استعمل أحد الشركاء السيارة شهراً،

---

(١) انظر كشاف القناع :(٦/ ٣٧٤) .

(٢) انظر المغنى لابن قدامة :(١١/ ٥١٢-٥١٣) .

(٣) أحمد بن محمد بن أحمد العدوى الدرديرى ولد فى بنى عدى بمصر وتوفى ١٢٠١هـ الأعلام :(١/ ٢٤٤) .

(٤) انظر الشرح الكبير للدرديرى :(٣/٤٩٨-٤٩٩) ، الشرح الصغير :(٣/ ٢٦٨) .

(٥) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ :ص ٢٠٥ .

فيجب أن يستعمل الشريك الآخر السيارة شهراً آخر، وبهذا تتحقق العدالة، وتمنع المنازعة ، وهذا هو ما أخذ به المالكية ، والقانون ، ونحن نميل إليه ؛ لتحقيق العدالة بين الطرفين ، فإذا انقضت مدة كل واحد منهما فى الانتفاع بالشىء المشترك بينهما يمكن أن يطلب أحدهما نقضها ، أو يستأنفاها .

أنواع المهايأة:

للمهايأة تقسيمان - الأول من حيث التراضى والجبر ، والثانى من حيث الزمان والمكان.

التقسيم الأول المهايأة من حيث الرضا والجبر :

فتقسم المهايأة من هذا الجانب إلى نوعين : مهايأة بالتراضى ، ومهايأة بالتقاضى .

والمهايأة بالتراضى: هى أن يتفق شخصان على كيفية الانتفاع بالشىء المشترك بينهما عن طريق التعاقب أو التناوب زماناً أو مكاناً ، وهى جائزة باتفاق الفقهاء [(١)].

والمهايأة بالتقاضى: هى التى تتم بواسطة القاضى جبراً بناء على طلب أحد الشريكين .

فيهايئ القاضى بينهما جبراً ، إما بالمناوبة الزمانية مدة معينة بنسبة حصة كل منهما، وإما بالمهايأة المكانية بالاختصاص بمنفعة بعض المال المشترك بنسبة الحصص. وهى جائزة عند الحنفية ، تحقيقاً للعدل بين الشركاء، وتوفيراً

---

(١) انظر الفقه الإسلامى وأدلته :(٥/٦٩٧-٦٩٨) .

لمصلحتهم ، فـللقاضى جبرهم فى الأصح ؛ لاحتيـاج الناس إلى ما هو أعدل وهو القسمة بالقضاء (١).

ولا يجبر عـلى المهايأة من أباهـا عند المالكيـة ، والشافعية والحنـابلة، قال المالكية: لا تجوز قسمة المنافع بالقرعة، ولا يجبر عليها من أباها (٢).

وقال الشافـعية : لا يجبر على المـهايأة من أباها ؛ لأنهـا معاوضة ، أى لا تجوز المهايأة بالتقاضى (٣).

وقال الحنابلة: إذا طلب أحد الشريكين مـن الآخر المهايأة من غير قسمة إما فى الأجزاء بأن يـجعل لأحدهما بعض الـدار يسكنها، أو بعض الحـقل يزرعه ويسكـن الأخر ، ويزرع فى البـاقى أو يسكن أحدهـما ويزرع سنة ، ويـسكن الآخر ويزرع سنة أخرى لم يجبر الممتنع مـنهما، والمهايأة معاوضة ، فلا يجبر عليها كـالبيع ؛ ولأن حق كل واحد فى المنـفعة عاجل فلا يجوز تأخـيره بغير رضاه كالدين ، ويخالف قسمة الأصل فإنـه إفراز النصيبين وتمييز أحد الحقين. ولكن إذا اتفقا علـى المهايأة جاز ؛ لأن الحق لهما ، فجاز فيه مـا تراضيا عليه كقسمة التراضى (٤).

والحق : هو ما ذهب إلـيه الحنفية ؛ لأنه أحيـاناً يتنازع الشركاء عـلى الشئ المشترك، ولا يـستطيعون الاستـفادة بهذا الشىء فتحـقيقاً للعدل بـين الشركاء وتوفيراً لمصلـحتهم فللقاضى أن يجـبرهم على هذه القسمة ؛ لاحـتياج الناس إليها حتى تتم القسمة النهائية .

---

(١) انظر الفقه الإسلامى وأدلته :(٥/٦٩٨) .
(٢) انظر القوانين الفقهية :(٢٤٥) بداية المجتهد :(٢/٤٠٦) .
(٣) انظر حاشية البجيرمى :(٤/٣٤٥) .
(٤) انظر المغنى :(١١/٥١٢-٥١٣) .

وقد أشارت المادة (٨٤٩) من التقنين المدنى إلى هذين النوعين من القسمة، ولكن ذلك يكون أثناء إجراءات القسمة النهائية فقد نصت المادة السابقة على الآتى :

١ - «للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم ، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية». (وهذه قسمة اتفاقية) .

٢- « فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة ، جاز للقاضى الجزئى إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها بعد الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك». (وهذه قسمة قضائية) .

التقسيم الثانى : المهايأة من حيث الزمان والمكان :

تنقسم المهايأة بهذا الاعتبار إلى نوعين : مهايأة زمانية، ومهايأة مكانية ، فالأولى ترجع للزمان والثانية ترجع للمكان .

المهايأة الزمانية : هى أن ينتفع كل من الشريكين على التعاقب بجميع الشىء المشترك مدة معينة بنسبة حصته. كأن يتهايأ اثنان فى بيت صغير على أن يسكنه هذا يوماً وهذا يوماً، أو فى عبد واحد على أن يخدم هذا يوماً ، وهذا يوماً. أو على أن يزرعا أرضاً مشتركة بينهما هذا سنة والآخر سنة أخرى [1].

ومن الواضح أنه فى نحو الحيوان الواحد مما لا يتجزأ لا يمكن المهايأة إلا فى

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٧ / ٣٢) ، بداية المجتهد : (٢/ ٤٠٤) ، المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : (١ / ٢٦٧ - ٢٦٨) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٥/ ٦٩٩-٧٠٠) ، وانظر قسمة المال الشائع :ص ١٠٣ .

الزمان . ومن ثم جعل الفقهاء المهايأة نوعين زمانية ومكانية ، لتقسم بها المنافع فى كل شئ بحسبه [١].

والمهايأة بالزمان جائزة لقول الله تبارك وتعالى : ﴿ هَٰذِهِ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴾[٢]، وقوله تعالى :﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ﴾[٣] أخبر سبحانه وتعالى عن نبيه سيدنا صالح- عليه السلام- المهايآت فى الشرب، ولم ينكره سبحانه وتعالى، فدلّ على جواز المهايآت بالزمان بظاهر النص، وهى جائزة-أيضاً- لحاجة الناس إليها [٤].

تعيين المدة : إن المهايأة الزمانية هى أن لكل واحد منهما أن يسكن أو يستخدم الملك لكن لابد من ذكر الوقت من اليوم والشهر ونحو ذلك؛ لأن الحاجة إلى ذكر الوقت ماسة لتصير المنافع معلومة؛ لأن المهايأة بالزمان قسمة مقدرة بالزمان فلا تصير معلومة إلا بذكر زمان معلوم، بخلاف المهايأة بالمكان؛ لأن لكل واحد منهما فيها ولاية السكنى والاستغلال مطلقاً، والمهايآت بالمكان قسمة منافع مقدرة مجموعة بالمكان، ومكان المنفعة معلوم فصارت المنافع معلومة بالعلم بمكانها فجازت المهايأة [٥].

وفصل المالكية فى مقدار المدة بعد اشتراطهم تعيين الزمن، وانتفاء الغرر، فقالوا: تجوز المهايأة فيما ينقل ويحول (المنقولات) فى المدة اليسيرة، ولا تجوز

---

(١) انظر المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء :(١/ ٢٦٧-٢٦٨) .

(٢) سورة الشعراء آية ١٥٥ .

(٣) سورة القمر آية ٢٨ .

(٤) انظر بدائع الصنائع :(٧/ ٣٢) .

(٥) انظر بدائع الصنائع :(٧/ ٣٢-٣٣) .

فى المدة الكثيرة، فلا تصح لزمن طويل فى الحيوان ونحوه كالثوب؛ لأن الحيوان يسرع له التغيير ، وأما فيما لا ينقل ولا يحول (العقارات) فيجوز فى المدة البعيدة والأجل البعيد، فيسكن أحدهما فى الدار مدة معينة، ويسكن الآخر مدة أخرى ، ويزرع أحدهما الأرض عاماً والآخر عاماً آخر [١].

انتهاؤها: لا تبطل المهايأة بموت أحد العاقدين، ولا بموتهما؛ لأنها لو بطلت لاستأنفها الحاكم ولا فائدة فى النقض ثم الاستئناف ، وإنما تنقضى باتفاق الطرفين على إنهائها ببيع المال المشترك[٢].

أما فى القانون فقد نصت المادة (٨٤٧) من التقنين المدنى على المهايأة الزمانية فهى تقضى بأن « تكون قسمة المهايأة أيضاً : بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته » .

فبالاتفاق على استقلال كل من الشركاء باستعمال كل الشىء المملوك على الشيوع، واستغلاله خلال فترة محددة ينتقل بعدها الانتفاع به إلى شريك آخر وهكذا، وتسمى هذه بالمهايأة الزمانية [٣].

ولم ينظم القانون مدة المهايأة الزمانية كما نظم مدة المهايأة المكانية، فتسرى القواعد العامة، ومن ثم يجوز أن يتفق الشركاء على عدد من دورات التناوب فى الانتفاع بالمال الشائع كما يرغبان، بشرط ألا يؤدى هذا الاتفاق إلى إجبارهم على البقاء فى الشيوع مدة تزيد على خمس سنين، وتنتهى المهايأة الزمانية بانتهاء مدتها، ويعين الاتفاق هذه المدة وكيف تنقضى .

---

(١) انظر الشرح الصغير :(٣/٢٦٨) ، بداية المجتهد :(٢/٤٠٤) .

(٢) انظر حاشية ابن عابدين :(٥/١٧٧) ، الهداية :(٩/٤٥٦) .

(٣) انظر الحقوق العينية الأصلية للدكتور جميل الشرقاوى :ص ١٦ .

«ولا تنقلب المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها، ولم يورد القانون هذا الحكم الاستثنائى بالنسبة إليها؛ لأنه لا يمكن تطبيقه هنا كما أمكن تطبيقه على المهايأة المكانية .

فالمهايأة المكانية تقسم المال الشائع أجزاء مفرزة، فهى كالقسمة النهائية إلا فى أنها قسمة منفعة لا قسمة ملك. أما المهايأة الزمانية فتبقى المال الشائع على حالته دون إفراز، وإنما تقسم زمن الانتفاع به، فهى لا تهيىء للقسمة النهائية، ومن ثم لا يمكن أن تنقلب إليها» [١].

وقد رأينا من قبل أن الفقهاء اشترطوا فى قسمة المهايأة الزمانية أن ينص على تحديد الوقت من اليوم والشهر ونحو ذلك؛ لأن الحاجة ماسة إلى ذكر الوقت لتصير المنافع معلومة . وقد اشترط المالكية أن تكون المدة يسيرة فى المنقولات وأما فى العقارات فيجوز فى المدة البعيده والأجل البعيد وذلك لأن المنقولات ربما يسرع إليها الفساد أكثر فالمدة يجب أن تكون يسيرة حتى يستطيع كل شريك أن يستوفى حقه . وأما فى العقارات فهى تبقى، فيتمكن كل شريك أن يحصل على حقه فى المدة المعينة .

المهايأة المكانية:

« هى أن يخصص لكل من الشركاء من المال المشترك بنسبة حصته فينتفعون معاً فى وقت واحد، كالدار يسكن كل من الشريكين فيها قسماً منها يعادل حصته، وكحانوتين مشتركين بين شخصين يستعمل كل منهما واحداً »[٢].

---

(١) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى :(٨/ ١٠٨٥-١٠٨٦) .

(٢) انظر المدخل الفقهى العام:(١/ ٢٦٧)،وانظر المادة (١١٧٦) من مجلة الأحكام العدلية.

ففى الدار الواحدة تجمع منفعة أحدهمـا فى جزء من الدار ، ومنفعة الآخر فى جزء آخر .

مشروعيتها: وهى جائـزة؛ لأنها نوع من القـسمة، فتعـتبر بقسمـة العين، وقسمة العين على هذا الوجه جائزة فكذا قسمة المنافع، فلو تهايأ على أن يأخذ أحد الشريكـين فى الأبنية الطابقية الـسفل، والآخر العلو جاز، فتـكون قسمة المنفعة بالمهايأة المـكانية جائزة أيضاً. وبما أن المهايأة الزمانية جـائزة للحاجة عند تعذر اجتماع الشريكين على الانتفاع بالعين الواحدة فكذلك المكانية (١).

محلها: تجرى المهايأة المكانية فى المال المشترك الذى يقبل القسمة كالدار الكبيرة أما ما لا يقبل القسمة كالسيارة والحيوان والـكتاب والبيت الصغير فلا يمكن فيه المهايأة المكانية، وإنما تتعين فيه المهايأة الزمانية (٢).

مدتها : لا يشترط فـى المهايأة المكانـية ذكر المدة وتعيـينها، بخلاف المـهايأة الزمانية، ففى المهـايأة بالمكان لكل واحد منهما ولاية السكـنى فيها والاستغلال مطلقاً، والمهايآت بـالمكان قسمة منافع مقدرة مجموعه بالمـكان، ومكان المنفعة معلوم ، فصارت المـنافع معلومة بالعلـم بمكانها (٣). وقد اشترط المالـكية فى قسمة المنافع بالأعيان أن تكون المدة محدودة (٤).

انقضاؤها: لا تنقضى المهايأة المكانية كالزمانية - كما قلنا من قبل- بموت أحد الشريكين، ولا تـنقضى بموتهما ؛ إذ لـو بطلت لاستأنفهـا الحاكم، ولا فائدة

---

(١) انظر بدائع الصنائع :(٧/ ٣١-٣٢) ، الفقه الإسلامى وأدلته :(٥/ ٧٠٢) .
(٢) انظر الفقه الإسلامى وأدلته :(٥/ ٧٠٢) .
(٣) انظر بدائع الصنائع :(٧/ ٣٢-٣٣) .
(٤) انظر بداية المجتهد :(٢/ ٤٠٣) .

فى النقض ثم الاستئناف، وإنما تنقضى باتفاق الطرفين على إنهائها ببيع المال المشترك [(١)].

وقد نصت المادة (١١٩١) من مجلة الأحكام العدلية على ذلك :« بموت أحد أصحاب الحصص أو كلهم لا تبطل المهايأة » .

وأما فى القانون فالمادة (٨٤٦/ ١) تتعلق بقسمة المهايأة المكانية، وهى تنص فى فقرتها الأولى على أنه :« فى قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع، متنازلاً لشركائه فى مقابل ذلك على الانتفاع بباقى الأجزاء، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين فإذا لم تشترط مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد » [(٢)].

وتنص الفقرة الثانية من المادة (٨٤٦) على أنه :« إذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك . وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة » [(٣)].

ومن الفقرة الأولى من المادة (٨٤٦) يتضح« أنه لا يجوز الاتفاق على هذه المهايأة لمدة تزيد على خمس سنوات ، فإن زادت المدة المتفق عليها على ذلك انقصت إلى خمس ، ذلك أن المهايأة المكانية وإن كانت تفرز المال من حيث المنفعة ، تبقيه شائعاً من حيث الملكية، فيبقى الشيوع قائماً ما دامت المهايأة

(١) انظر حاشية ابن عابدين :(١٧٧/٥) ، الهداية :(٤٥٦/٩) .
(٢) كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ :ص ٢٠٤ .
(٣) السابق : ص٢٠٤ .

المكانية ، ولا يجبر شريك على البقاء فى الشيوع فى الملكية بموجب الاتفاق لمدة أطول من خمس سنوات» [١].

ومن ثم لم يجز الاتفاق على المهايأة المكانية لمدة تزيد على خمس سنوات حتى لا يجبر الشريك على البقاء فى الشيوع عن طريق المهايأة المكانية مدة أطول من ذلك . فإذا انقضت المدة المتفق عليها جاز تجديدها مدة ثانية ، فثالثة وهكذا ، بشرط ألا تزيد كل مدة على خمس سنوات .

أما إذا لم يحصل اتفاق على المدة، أو انقضت المدة المتفق عليها، ولم يحصل اتفاق على تجديدها مدة أخرى مع استبقاء المهايأة ، فإن المدة تكون سنة واحدة فى الحالتين، تتجدد سنة ثانية ، فثالثة ، وهكذا ، إلا إذا أعلن أحد الشركاء الآخرين أنه لا يرغب فى تجديد المهايأة ، ويجب أن يكون هذا الإعلان قبل إنتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر على الأقل [٢].

وبهذا يتفق القانون مع ما قاله المالكية من أنه يجب تحديد المدة فى قسمة المنافع بالأعيان ، ولا يتفق مع ما قاله الحنفية من أنه لا يشترط فى المهايأة المكانية ذكر المدة وتعيينها؛ لأن المهايأة بالمكان قسمة منافع مقدرة مجموعة بالمكان ، ومكان المنفعة معلوم ، فصارت المنافع معلومة بالعلم بمكانها .

ويتبين أيضاً من الفقرة الثانية من المادة (٨٤٦) :«أنه متى حاز الشريك جزءاً مفرزاً يعادل حصته فى المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، وكان هناك ، أو افتراض أن هناك قسمة مهايأة سابقة قامت الحيازة على أساسها ، فإن قسمة المهايأة تنقلب بمجرد تمام خمس عشرة سنة إلى قسمة نهائية ما لم يتفق

---

(١) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى :(٨/ ١٠٧٨) .

(٢) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى :(٨/ ١٠٧٨، ١٠٧٩) .

الشركاء مقدماً على غير ذلك » [١].

« إن المهايأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد فى إنهائها هى خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا إليها ، وقد وصلوا إليها فعلاً بالتجربة ، واطمئنوا إلى نتائجها ، فإن كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدماً على أن قسمة المهايأة لا تنقلب إلى قسمة نهائية » [٢].

«فإذا تمت خمس عشرة سنة، والمهايأة المكانية لا تزال قائمة ولم يرغب أحد فى إنهائها، ولم يتفق مقدماً على أنها تبقى دائماً مهايأة مكانية دون أن تنقلب إلى قسمة نهائية، فإنه بتمام هذه المدة تصبح المهايأة المكانية قسمة نهائية بحكم القانون» [٣].

والمعروف أن الإسلام لا يقر التقادم المكسب على أنه سبب للملكية ، وإنما هو مجرد مانع من سماع الدعوى بالحق الذى مضى عليه زمن معين. توفيراً لوقت القضاء ، وتجنباً لما يثار من مشكلات الإثبات، وللشك فى أصل الحق .

أما أصل الحق فيجب الاعتراف به لصاحبه، وإيفاؤه له ديانة ،فمن وضع يده على مال مملوك لا يملكه شرعاً بحال. كذلك لا يقر الإسلام مبدأ التقادم المسقط على أنه مسقط للحق بترك المطالبة به مدة طويلة . فاكتساب الحقوق وسقوطها بالتقادم حكم ينافى العدالة والخلق، ويكفى فى ذلك أن يصير الغاصب أو السارق مالكاً » [٤].

---

(١) انظر السابق :(٨/ ١٠٨٣) .

(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية :(٦/ ١٣٩) .

(٣) انظر الوسيط للدكتور السنهورى :(٨/ ١٠٨٣) .

(٤) انظر الفقه الإسلامى وأدلته :(٥/ ٥٠٢) .

نقض القسمة:

تنقض القسمة بالإقالة أو بالتراضى على فسخها . ويجب نقض القسمة بعد وجودها وبعد لزومها فى حالات :

• ظهور دين على الميت:

إذا وقعت القسمة ، ثم ظهر دين على الميت يحيط بالتركة المقسومة، تفسخ القسمة ، إذا لم يكن للميت مال سواه، إلا إذا قضى الورثة الدين أو أبرأ الغرماء الدائنون ذمم الورثة، أو بقى من التركة ما يفى بالدين لزوال المانع من لزوم القسمة فتمضى القسمة على ما هى عليه . وإذا لم يكن الدين محيطاً بالتركة ، بقى للغرماء حق الاستيفاء ثابتاً فى قدر الدين من التركة على الشيوع فيمنع نفاذ القسمة [١].

والدليل على مسوغ الفسخ لهذا السبب قول الله تبارك وتعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[٢]. فالدين مقدم على الإرث قليلاً كان أو كثيراً ، فالله سبحانه قدم الدين على الوصية من غير فصل بين القليل والكثير؛ ولأن الدين إذا كان محيطاً بالتركة تبين أنه لا ملك للورثة فيها ، بل هى ملك للميت يتعلق بها حق الغرماء وقيام ملك الغير فى المحل المقسوم يمنع صحة القسمة[٣].

---

(١) انظر بدائع الصنائع :(٧/ ٣٠) ، فتح القدير : (٩/ ٤٥٤) ، شرح العناية على الهداية: (٩ / ٤٥٤) ، الدر المختار : (٥ / ١٧٥) .

(٢) سورة النساء :من آية (١١ ,١٢) .

(٣) انظر بدائع الصنائع :(٧/ ٣٠) .

وقال الشافعية : إذا ظهر دين على الميت، فإن قالوا : القسمة تمييز الحقين لم تنقض القسمة، وإن قالوا :إنها بيع : ففى نقضها وجهان ، فى وجه أنها تنقض لتعلق حق الغير بالمال. وفى وجه :لا تنقض إذا قضى الوارث الدين(١).

والمنصوص عليه فى الفقه الحنبلى : أن قسمة التركة تصح مع الدين قبل قضائه ويستوى أن يكون الدين قد ظهر بعد القسمة أو كان ظاهراً ومعلوماً للورثة قبل القسمة؛ لأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها؛ لأنه تعلق بها بغير رضاهم، فأشبه تعلق دين الجناية برقبة الجانى فينتقل الملك لهم محملاً بالدين(٢).

ويخير الورثة حينئذ بين الوفاء من التركة ، أو غيرها وبين نقض القسمة وبيعها فى الدين ، فإن وفوا الدين بقيت القسمة على حالها ، وإن امتنعوا من وفائه بيعت التركة فى الدين لتقدمه على الإرث وبطلت القسمة ، فإن وفى أحد الوارثين دون الآخر ، استقر له الملك وبيع نصيب الآخر فيما يقابله من الدين(٣).

وقال المالكية فى المشهور فى المذهب تنقض القسمة إلا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم (٤).

ونميل إلى ما ذهب إليه الحنفية إلى نقض القسمة إذا كان الدين محيطاً

---

(١) انظر المهذب :(١/ ٣١٠) .

(٢) انظر المغنى لابن قدامة :(١١/ ٥١١) ، قسمة الأملاك المشتركة فى الفقه الإسلامى للدكتور أحمد فراج حسين : ص٢١١-٢١٩ .

(٣) انظر المغنى :(١١/ ٥١١) ، وقسمة الأملاك المشتركة :ص٢١١-٢١٧ .

(٤) انظر بداية المجتهد :(٢/ ٤٠٥) .

بالتركة، أو تـوقف حتى يقضى الدين إذا لم يـكن الدين محيطاً بالـتركة لوفاء حق الغرماء .

• ظهور وارث آخر أو موصى له فى قسمة التراضى:

إذا تمت القـسمة، ثم ظـهر وارث آخر ، أو موصى لـه بالثلـث ، أو الربع مثـلاً، نقضت الـقسمـة؛ لأن الوارث والموصـى له فى هذه الحـالة أصبـحا، شريكين للـورثة ، ولا تنقض قسمة التـقاضى فى الأصح؛ لأن القسمـة حينئذ محل اجتهاد، وقضاء القاضى إذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ، ولا ينقض[1] .

وعند المالكية : إذا ظـهر الوارث على الشركة بعد القسـمة. وقبل أن يفوت حظ كل واحد مـنهم فلا تنقض الـقسمة ، وأخذ من كل واحـد حظه إن كان ذلك مكيلاً أو موزوناً ، وإن كان حيواناً ، أو عروضاً انتقضت القسمة[2] .

• ظهور غبن فاحش:

جاء فى مجلة الأحكـام العدلية :«إذا تبين الغبن الفاحش فى الـقسمة تفسخ وتقسم تكراراً قسـمة عادلة» مادة (١١٦٠). فإذا حدثت القسمة ثـم تبين فيها غبن فاحش، وهـو الذى لا يدخل تحت تقـويم المقومين، كأن قوم المـال بألف وهو لا يساوى خمسمائة، فسخت قسمـة التقاضى باتفاق الحنفية؛ لأن تصرف القاضى مقيد بالعدل ولم يوجد ،وتفسخ أيضاً قسمة التراضى فى الأصح؛ لأن شرط جوازها المـعادلة ، ولم توجد فـوجب نقضها، فـقسمة التراضـى تفسخ كقسمة التقاضى بالغبن الفاحش .

---

(١) انظر بدائع الصنائع :(٧/ ٣٠) ، والفقه الإسلامى وأدلته :(٥/ ٦٨٧-٦٨٨) .

(٢) انظر بداية المجتهد :(٢/ ٤٠٥) .

وتسمع دعوى الغبن الفاحش إن لم يقر المدعى باستيفاء حقه، فإن أقر باستيفاء حقه لا تسمع دعوى الغبن أو الغلط للتناقض بين الإقرار والادعاء[١].

ونقض القسمة بالغبن الفاحش أو الجور متفق عليه بين الفقهاء[٢].

نقض القسمة للعيب:

ذهب المالكية إلى أن العيب الذى يجده أحد الشركين فى نصيبه بعد القسمة ولم يكن يعلم به، إما أن يكون كثيراً أو قليلاً، فإن كان كثيراً فصاحبه بالخيار بين رد القسمة ، وبقاء الشركة. كما كانت قبل القسمة ، وبين التماسك مع عدم الرجوع على شريكه بشىء ؛ لأن تخيره ينفى ضرره، فإذا اختار رد القسمة ، وكان نصيب شريكه مازال قائماً فى يده نقضت القسمة، واستؤنفت من جديد .

أما إذا كان قد فات من يده بهدم ، أو بناء ، أو قطع ، ثوب ، أو غرس ، أو قلع ، أو تحبيس ، أو هبة ، أو بيع ، أو نحو ذلك ،فإن عليه أن يرد نصف قيمة نصيبه الغائب لمن وجد العيب فى نصيبه ويكون النصيب المعيب شركة بينهما .

وإن كان العيب فى أقل ذلك رد ذلك الأقل على أصل الشركة فقط سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت، ورجع على شريكه بنصف قيمة الزيادة ولا يرجع فى شئ مما فى يده وإن كان قائماً بالعيب .

وقال عبد العزيز بن الماجشون[٣]: وجود العيب يفسخ القسمة التى بالقرعة

---

(١) انظر الدر المختار ورد المحتار: (٥/ ١٧٥)، والفقه الإسلامى وأدلته :(٥/ ٦٨٨) .

(٢) انظر حاشية البجيرمى على الخطيب: (٤/ ٣٤٤) ، والشرح الصغير: (٣/ ٣٧٤-٣٧٥).

(٣) عبد العزيز بن الماجشون :فقيه مالكى على الإمام مالك ت٢١٢هـ .

ولا يفسخ التى بالتراضى؛ لأن التى بالتراضى هى بيع، وأما التى بالقرعة فهى تمييز حق، وإذا فسخت بالغبن وجب، أى تفسخ بالرد بالعيب [١].

وأما الشافعية : فقد نصوا على أن من وجد عيباً فى نصيبه لم يعلم به كان له فسخ القسمة كما فى البيع [٢].

وأما الحنابلة : فعندهم أن من ظهر فى نصيبه عيب لم يعلم به كان له الخيار بين فسخ القسمة وإمساكها والرجوع بأرش[٣] العيب؛ لأن ظهور العيب فى نصيبه نقص، وهو يثبت له الخيار بالأرش ، والفسخ كالمشترك. وفى قول تبطل القسمة؛ لأن التعديل شرط ولم يوجد بخلاف البيع [٤].

وما ذهب إليه الحنابلة هو الأوجه فى نظرنا فالمقاسم بالخيار إذا وجد عيباً بين الفسخ والإمساك، وعند الإمساك يرجع بأرش العيب على شريكه .

وقوع الغلط فى المال المقسوم:

جاء فى الهداية : «وإذا ادعى أحدهم الغلط ، وزعم أن مما أصابه شيئاً فى يد صاحبه، وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا ببينة؛ لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها ، فلا يصدق إلا بحجة. فإن لم يكن له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل[٥] والمدعى فيقسم

---

(١) انظر بداية المجتهد :(٢/ ٤٠٤) ، قسمة الأملاك المشتركة :ص١٩٠-١٩٢ .

(٢) انظر مغنى المحتاج :(٤/ ٤٢٦) .

(٣) الأرش: هو اسم للمال الواجب على مادون النفس، التعريفات للجرجانى: ص١١، الروض المربع :ص٥٢٥ .

(٤) انظر المغنى :(١١/ ٥١٠) .

(٥) الناكل: الذى لم يحلف وجبن عن اليمين .

بينهما على قدر أنصبائهما؛ لأن النكول حجة فى حقه خاصة، فيعاملان على زعمهما » .

وإن قال : قد استوفيت حقى وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه؛ لأنه يدعى عليه الغصب وهو منكر فالقول قول المنكر. وإن قال: أصابنى إلى موضع كذا فلم يسلمه إلىّ، ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء ، وكذبه شريكه تحالفاً ، وفسخت القسمة؛ لأن الاختلاف فى مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى قدر المبيع[1].

وقال المالكية: ينظر فى دعوى الجور ، أو الغلط فى القسمة، فإن تفاحش بأن ظهر ما ذكر ظهوراً بيناً، أو ثبت ما ذكر ببينة نقضت القسمة، وردت للصواب، وإذا لم يتفاحش أو لم يثبت بأن لم يتضح الحال من غير ثبوت حلف المنكر منهما، فإن حلف أنه لم يحصل فيها جور ، أو غلط فلا تنقض، فإن نكل أعيدت، وهذا إذا لم يطل الزمن كالعام ، أو مدة تدل على الرضا بما وقع حيث كان ظاهراً لا خفاء به، وإلا فلا كلام للمدعى. والمراد بالجور ما كان عن عمد، والغلط ما كان عن خطأ[2].

وقال الشافعية :«ولو ثبت بحجة غلط ، أو حيف فى قسمة إجبار، أو قسمة تراض ، وهى بالأجزاء نقضت القسمة بنوعيها»[3].

فإن لم تكن بالأجزاء بأن كانت بالتعديل أو الرد، لم تنقض؛ لأنها بيع وإن

---

(١) انظر الهداية للمرغينانى:(٩/ ٤٤٧-٤٤٩)، بدائع الصنائع:(٧/ ٢٦)، اللباب شرح الكتاب:(٤/ ١٠٣-١٠٤) .

(٢) انظر الشرح الصغير :(٣/ ٢٧٤-٢٧٥) .

(٣) انظر حاشية البجيرمى على الخطيب :(٤/ ٣٤٤) .

لم يثبت ذلك، فللمدعى تحليف شريكه[١].

وقال الحنابلة : ومن ادعى غلطاً أو حيفاً فيما تقاسموه أى الشركاء بأنفسهم من غير قاسم، وأشهدوا على رضاهم به ولم يصدقه المدعى عليه فى دعوى الغلط ، أو الحيف لم يلتفت إليه ولو أقام به بينة، أى لم تقبل دعواه ولا تسمع بينته، ولا يحلف غريمه؛لأنه رضى بالقسمة. على الكيفية التى صدرت.

ومن ادعى غلطاً ، أو حيفاً فيما قسمه قاسم الحاكم قُبِل قول المنكر للغلط، أو الحيف مع يمينه؛ لأن الأصل عدم ذلك، إلا أن يكون للمدعى بينة بما ادعاه فتنقض القسمة-لأن سكوته حال قسم القاسم عليه لاعتماده على الظاهر فلا يمنعه إقامة البينة- وتعاد .

وإن ادعى كل واحد من الشريكين أن هذا الشىء المقسوم من سهمه تحالفاً، أى حلف كل منهما للآخر على نفس ما ادعاه ؛ لأنه منكر ونقضت القسمة؛ لأن ذلك المدعى به لم يخرج عنهما ولا مرجح لأحدهما على الآخر[٢].

يتضح مما سبق أن القسمة تنقض بوقوع الغلط فى المال المقسوم .

• استحقاق بعض المال المقسوم:

إذا ظهر مستحق فى المال المقسوم ، أى تبين وجود شريك آخر فى المال فله صور ثلاثة عند الحنفية :

أولاً : لو كان المستحق بعضاً شائعاً فى كل المقسوم، كالخمس أو الربع فسخت القسمة باتفاق الحنفية ؛ لعدم تحقق معنى الإفراز والتمييز .

---

(١) انظر الفقه الإسلامى وأدلته :(٥/ ٦٩٠) .

(٢) انظر كشاف القناع :(٦/ ٣٨١-٣٨٢) ، الروض المربع :ص٥٢٥ .

ثانياً: ولو كان المستحق بعضاً معيناً من نصيب أحد الشركاء، لم تفسخ القسمة باتفاق الحنفية؛ لأن الاستحقاق لما ورد على جزء معين، لم يظهر أن المستحق كان شريكاً فى المال، فلا يبطل القسمة، لكن يرجع المستحق منه على صاحبه بقدر ما يخصه من الجزء المستحق ؛ إذ تبين أنه لم يكن ملكه فيرده .

ثالثاً: ولو كان المستحق بعضاً شائعاً فى أحد النصيبين، لم تفسخ القسمة جبراً على المستحق منه عند أبى حنيفة، وإنما يخير المستحق منه، إن شاء رجع بحصة ذلك فى نصيب صاحبه ،وإن شاء ردّ (فسخ) مابقى واقتسم ثانياً .

وقال أبو يوسف : تفسخ القسمة؛ لأنه بالاستحقاق تبين أن لهما شريكاً ثالثاً ، ولو كان هناك شريك لم تصح القسمة[1].

وقال المالكية :إذا استحق جزء من المقسوم، فإن كان المستحق كثيراً، وحظ الشريك لم يفت ، رجع معه شريكاً فيما فى يديه، وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما فى يديه، وإن كان يسيراً رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشىء[2].

وقال الدرديرى فى الشرح الكبير: « وإن استحق نصف أو ثلث من نصيب أحد المتقاسمين ، خُيّر المستحق منه بين التمسك بالباقى ، ولا يرجع بشىء، وبين رجوعه شريكاً فيما بيد شريكه بنصف قدر ما استحق[3].

وقال الشافعية :إن استحق من حصة أحد الشريكين شىء معين لغيرهما بأن

---

(١) انظر الهداية:(٩/ ٤٥٠-٤٥١)، فتح القدير:(٩/ ٤٥٠-٤٥١) ، شرح العناية على الهداية : (٩ / ٤٥٠-٤٥١) ، حاشية سعدى جلبى على شرح العناية : (٩ / ٤٥١) ، اللباب شرح الكتاب:(٤/١٠٦) .

(٢) انظر بداية المجتهد :(٢/ ٤٠٤) .

(٣) انظر الشرح الكبير :(٣/ ٥١٤) .

اختص بـه أحدهما، أو أصابـه منه أكثر مـن نصيب الآخـر - بطلت القـسمة لاحتـياج أحدهـما إلى الرجـوع على الآخـر بسبـب عدم تحقق الـتعديـل بين الأنصباء.

وإذا اقتسما أرضاً ثم استحق مما صار لأحدهما شيء بعينه، فإن استحق مثله من نصيب الآخر لم تبطل القسمة .

وإن استحق بعض المال المقسوم شائعاً فى الحصتين أو إحداهما بطلت القسمة فى المستحق[1] وفى الباقى بعده خلاف .

وقال الحنابلة : إذا اقتسم الشريكان شيئاً فبان بعضه مستحقاً، فإن كان معيناً فى نصيب أحدهمـا ، بطلت القسمة ، وإن كان المستحق فـى نصيب أحدهما أكثر من الآخر بطلت، وإن كـان المستحق مشاعاً فى نصيبهمـا بطلت القسمة؛ لأن الثالث شريكهما وقد اقتسما من غير حضوره، ولا إذنه[2].

وفى القـانون قد نصت المـادة(٨٤٥/ ١)من التقنـين المدنى على أنـه: «يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبـت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة»

يلاحظ مـن النص السابـق أن نقض القسمـة للغبن مقـصور على القـسمة الاتفاقية، أما القسـمة القضائية فلا يجوز الطعن فيـها بالغبن ؛ إذ المفروض أن هذه القسمة قد أحيطت بالضمانات الواجبة التى يكون من شأنها رفع الغبن عن المتقاسمين وكفالة المساواة فيما بينهم[3].

---

(١) انظر المهذب:(٢/ ٣٠٩-٣١٠) ، حاشية البجيرمى على الخطيب:(٤/ ٣٤٤)، حاشية البيجورى:(٢/ ٣٥١) ،التنبيه فى الفقه على مذهب الشافعى للشيرازى: ص ١٥٧ .

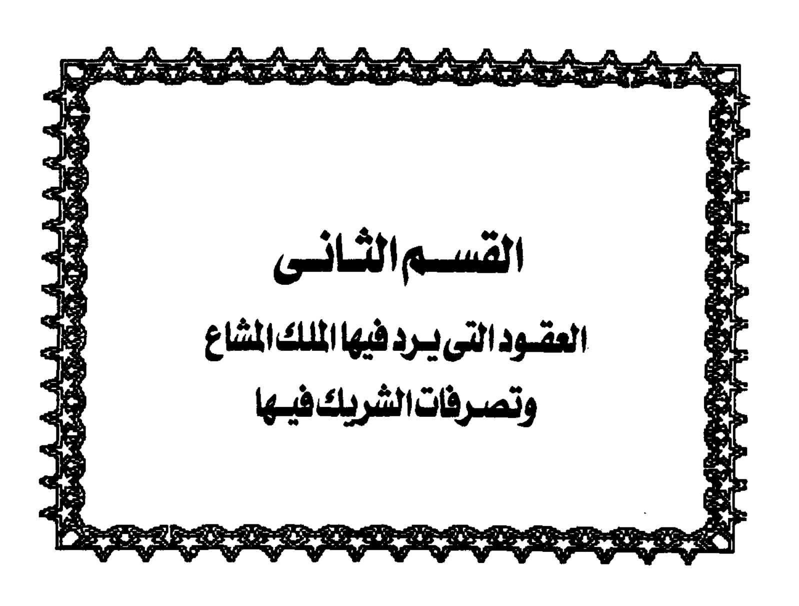
(٢) انظر المغنى لابن قدامة:(١١/ ٥٠٩-٥١٠)، كشاف القناع:(٦/ ٣٨٢) .

(٣) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى :(٨/ ١١٩٣) .

وقد رأينا فيما سبق أن القسمة تنقض للغبن سواء كانت القسمة بالتراضى ، أم بالتقاضى ، وقد رأينا أن القانون يجيز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى ، ولم يجز نقض القسمة الحاصلة بالتقاضى ، ولكن ما ذهب إليه الفقهاء هو الأصح ؛ لأنه يمكن أن تكون القسمة عن طريق التقاضى ، ويقع فيها غبن، وظلم ، أو خطأ على أحد الشركاء ، فإذا لم تتحقق العدالة فى القسمة ، تنقض هذه القسمة وتعاد القسمة مرة ثانية ، حتى يأخذ كل شريك حقه .

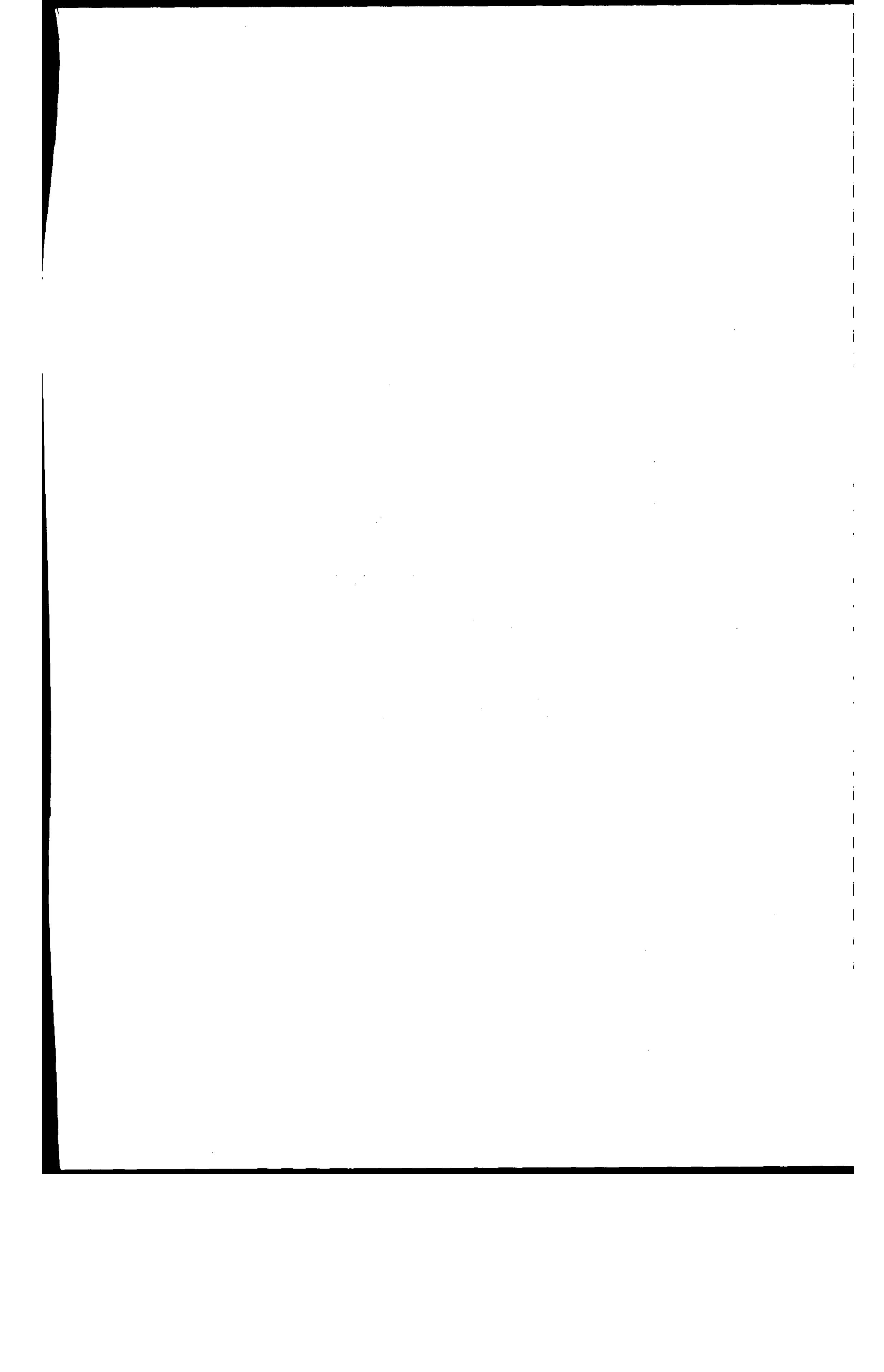
ونصت المادة (٨٤٥/ ٢) على أنه :« يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ، ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته » .

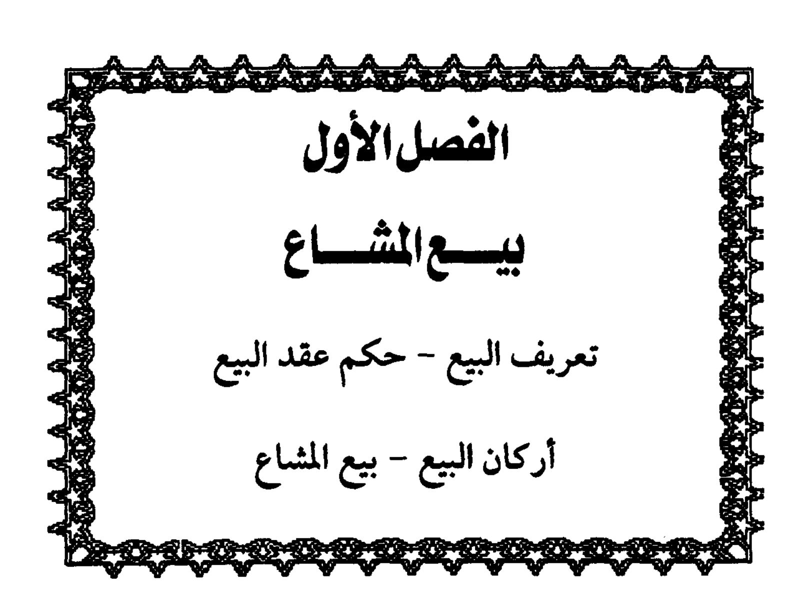
ولم ينص القانون على أسباب أخرى يمكن أن تنقض القسمة بسببها .



القسم الثانى

العقود التى يرد فيها الملك المشاع
وتصرفات الشريك فيها





الفصل الأول

بيــع المشــاع

تعريف البيع - حكم عقد البيع

أركان البيع - بيع المشاع

تعريف البيع:

البيع لغة : مصدر باع الشيء أخرجه عن ملكه، أو أدخله فيه بعوض فهو من أسماء الأضداد، يطلق على البيع والشراء، مثل الشراء كما في قوله تعالى: ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ ﴾[١] أي باعوه، وقوله تعالى : ﴿ وَلَبِئْسَ مَا شَرَوْاْ بِهِ أَنفُسَهُمْ ﴾ [٢].

وقيل : دفع عوض ، وأخذ معوض عنه. واشتقاقه من الباع؛ لأن كل واحد منهما يمد باعه للأخذ منه، وقيل مشتق من البيعة؛ لأن كل واحد منهما يبايع صاحبه أي يصافقه عند البيع، ولذلك يسمى البيع صفقة .

ويقال : هو مقابلة شيء بشيء . أو مبادلة مال بمال [٣].

والبيع شرعاً : عرفه الحنفية : بأنه مبادلة شيء مرغوب فيه بمثله على وجه مفيد خرج غير المرغوب كتراب وميتة ودم [٤].

وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٠٥) بأنه: « مبادلة مال بمال. [٥]وعرف عند المالكية :بأنه: «مقابلة مال بمال مع إيجاب وقبول» [٦].

---

(١) سورة يوسف آية ١٩ .

(٢) سورة البقرة آية ١٠٢ .

(٣) انظر لسان العرب لابن منظور: مادة بيع، والمعجم الكبير والمعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية مادة بيع ، التعريفات للجرجاني :ص٤١ ، المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد للبهوتي:(٢/٣٥٧) .

(٤) انظر الدر المختار :(٤/٥) .

(٥) شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم رستم باز: ص٥٧، مادة :(١٠٥) .

(٦) انظر أسهل المدارك للكشناوي:(٢ / ٢١٩) ، وشرح الخرشي على مختصر خليل : (٥ / ٤٠٣) .

وعند الشافعية : « مقابلة مال بمال قابلين للتصرف بإيجاب وقبول على الوجه المأذون فيه » [١].

وعرف عند الحنابلة : فى مشروع تقنين الشريعة فى المادة (١): البيع مبادلة مال ولو فى الذمة أو منفعة مباحة مطلقاً بمثل أحدهما على التأبيد غير ربا وقرض[٢].

وتعريف المجلة تعريف جامع ولم يقل فيه بالتراضى ؛ ليتناول بيع المكره فإنه إن كان مكرهاً بحق انعقد ، ولزم ، وإن كان مكرهاً بغير حق انعقد ولم يلزم[٣].

وقد عرض القانون لتعريف عقد البيع فى المادة (٤١٨ مدنى) التى تنص على أن : « البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر فى مقابل ثمن نقدى » .

وهذا التعريف يبين أنه لابد أن يكون الثمن من النقود، وهذا غير ما هو معروف فى الشريعة من أن البيع مبادلة مال بمال ، فيصح أن يكون الثمن من النقود ، ويصح أن يكون من غير النقود ، فيتسع البيع فيه ليشمل البيع

---

(١) انظر روضة الطالبين للنووى : (٣ / ٣٣٦) ، وكفاية الأخيار لأبى بكر محمد بن الحسين : (١ / ١٤٧) .

(٢) مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام أحمد بن حنبل إعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية بإشراف مجمع البحوث الإسلامية :(٢١/١) ، والإقناع فى فقه الإمام أحمد بن حنبل للحجاوى:(٢ / ٥٦) .

(٣) شرح مجلة الأحكام العدلية :(٥٧/١) .

المطلق ، والمقايضة والصرف والسلم[١] .

فالبيع المطلق : هو مبادلة العين بالدين وهـو أشهر الأنواع ، ويتيح للإنسان المبادلـة بنقود علـى كل ما يحـتاج إليه من الأعـيان وإليه ينـصرف البيـع عند الإطلاق فلا يحتاج كغيره إلى تقييد[٢] .

بيع السلم : هو مبادلة الدين بالعين أو بيع شئ مؤجل بثمن معجل[٣] .

بيع الصرف : هو بيـع النقد بالنـقد جنساً بجـنس أو بغير جنـس ، أى بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، أو الذهب بالفضة مصوغاً أو نقداً [٤] .

بيع المقايضة : بيع العين بالعين. أى مبادلة مال بمال غير النقدين[٥] .

مشروعية البيع :

والبيع جائز بالكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[٦] .

وقوله تعالى : ﴿ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[٧]ويدخل فى قوله تعالى السـابق عقـود البـيع والإجارات والـهبات المـشروطـة فيهـا الأعواض؛ لأن

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية :(٤/ ١٥) .

(٢) الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف بالكويت :(٩/ ٨) .

(٣) انظر بدائع الصنائع للكاسانى:(٥/ ٢١٥) الفقه الإسلامى وأدلته:(٤/ ٦٣٦) .

(٤) انظر شرح مجلة الأحكام لسليم رستم باز المادة (١٢١) .

(٥) المرجع السابق مادة (١٢٢) .

(٦) البقرة آية (٢٧٥) .

(٧) النساء آية (٢٩) .

المبتغى فى جميع ذلك فى عادات الناس تحصيل الأعواض لا غير[١].

وأما السنة: فقول النبى ﷺ: «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَالَمْ يَتَفَرَّقَا »[٢]. وقوله ﷺ «إِنَّ التُّجَّارَ يُبْعَثُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فُجَّاراً إِلاَّ مَنْ بَرَّ وَصَدَقَ»[٣]وبعث النبى ﷺ والناس يتبايعون فأقرهم على ذلك، والتقرير أحد وجوه السنة .

أما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز البيع فى الجملة، والحكمة تقتضيه؛ لأن حاجة الإنسان تتعلق بما فى يد صاحبه، وصاحبه لا يبذله بغير عوض، ففى تجويز البيع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ودفع حاجته، والإنسان لا يستطيع أن يعيش بدون أن يتعاون مع الآخرين فى بيع وشراء »[٤].

وقد نظم القانون المدنى عقد البيع فى المواد من(٤١٨-٤٨١) .

حكم عقد البيع:

عقد البيع من العقود المباحة التى أباحها الله للناس .

---

(١) انظر أحكام القرآن للجصاص :(٢/ ١٧٣) .

(٢) صحيح البخارى مع فتح البارى :(٤/ ٣٨٥) ، كتاب البيوع باب البيعان بالخيار ، صحيح مسلم مع شرح النووى:(١٠/ ٤٢٩) ، كتاب البيوع باب ثبوت خيار المجلس.

(٣) سنن الترمذى:(٣/ ٥١٥) ، كتاب البيوع باب ما جاء فى التجار .

(٤) انظر تحفة الفقهاء للسمرقندى:(٢/ ٥) ، أسهل المدارك للكشناوى:(٢/ ٢١٩) ، الخرشى على مختصر خليل:(٥/ ٣-٤) ، المهذب للشيرازى:(١/ ٢٥٧) ، كشاف القناع على متن الإقناع : (٣ / ١٤٥ - ١٤٦) ، منار السبيل لابن ضويان : (١ / ٣٠٦) .

وأما صفته : فهو من العقود اللازمة، والعقد اللازم هو الذى لا يملك أحد عاقديه فسخه بدون رضا العاقد الآخـر كالبيع والإجارة، إذا خلت هذه العقود عن الخيارات الـتى تعطى العـاقد حق الفسخ دون الـتوقف على رضا المـتعاقد الآخر[١].

أما أثر هذا العقد : فهو ثبوت الملك فى المبيع للمشترى ، وثبوت الملك فى الثمن للبائع إذا كان البيع لازماً لا خيار فيه[٢].

وعقد البيع عـقد ملزم كما جاء فى المادة (٤١٨ مدنى) لـلجانبين ؛ إذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشترى ملـكية شىء أو حقاً ماليّاً آخر، ويلزم المشترى أن يدفع للبائع مقابلاً لذلك ثمناً نقدياً [٣]، فهو من العقود اللازمة.

أركان عقد البيع:

للفقهاء خلاف مشهور فى تحديد الأركـان فى البيع وغيره من العقود ، هل هى الصيغة (الإيجاب والقبول) أو مجموع الصيغة والعاقدين (البائع والمشترى) والمعقود عليه أو محل العقد (المبيع والثـمن) فذهب الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) إلى أن هذه كـلها أركان البيع ؛ لأن الركن عندهم : مـا توقف عليه وجود الشىء وتصوره عقلاً ، سواء كان جزءاً من حقيقته أم لـم يكن ، ووجود

---

(١) انظر المدخل لدراسة الفقه الإسلامى للدكتور حسين حامد :ص٤٥٢ ، المدخل لدراسة الشريعة للدكتور عبد الكريم زيدان ص٣٠٧ .

(٢) انظر بدائع الصنائع :(٥/ ٢٣٣) .

(٣) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى :(٤ / ٢١) .

البيع يتوقف على العاقدين والمعقود عليه ، وإن لم يكن ، هؤلاء ، جزءاً من حقيقته [١].

ويرى الحنفية أن الركن فى عقد البيع وغيره : هو الصيغة فقط (الإيجاب والقبول) ، أما العاقدان والمحل فمما يستلزمه وجود الصيغة لا من الأركان؛ لأن ماعدا الصيغة ليس جزءاً من حقيقة البيع ، وإن كان يتوقف عليه وجوده ، ولكن لما كانت هذه الصيغة تستلزم وجود العاقدين والمحل ضرورة فإن الخلاف بين الجمهور والحنفية يكون خلافاً نظرياً لا تترتب عليه نتائج فى العمل؛ ولذلك سنتكلم عن هذه الأمور ؛ لأنها ضرورية ولازمة لتكوين العقد ووجوده [٢].

العاقدان :

اشترط الفقهاء فى العاقدين :

التراضى : وذلك بأن يتم العقد بينهما عن رضاً ؛ لقول الله تعالى : ﴿ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [٣] فإذا لم يتحقق التراضى من الطرفين فلا صحة للبيع ، فإن أكرها على البيع لم يصح إلا إذا أكرها بحق ، بأن يتوجه عليه بيع ماله لوفاء دين عليه ، أو شراء مال أسلم إليه فيه ، فأكرهه الحاكم عليه صح بيعه وشراؤه ؛ لأنه إكراه بحق .

---

(١) انظر مغنى المحتاج للخطيب :(٢/ ٥-٧) ، الشرح الصغير للدردير ى :(٣/ ٢) ، القوانين الفقهية لابن جزى :ص٢١١ ، كشاف القناع للبهوتى:(٣/ ١٥١) .

(٢) انظر المدخل لدراسة الفقه الإسلامى :ص٢٣٩ ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية : ص٢٤٢ ، الموسوعة الفقهية الكويتية :(٩/ ١٠) .

(٣) سورة النساء آية :٢٩ .

وأن يكون العاقدان - البائع والمشترى - جائزى التصرف ، أى : أن يكون العاقد بالغاً رشيداً ، فلا يصح من صغير ومجنون وسكران ونائم وسفيه ؛ لأنه قول يعتبر له الرضا فلم يصح من غير رشيد كالإقرار ، إلا أن الصغير المميز والسفيه يصح تصرفهما بالبيع وينعقد بيعهما ويكون موقوفاً على إجازة وليهما.

وبيع الصبى المميز باطل عند الشافعية ، ويصح عندهم بيع السكران، ولا يصح بيع السفيه كذلك عندهم ، وعند الحنابلة يجوز بإذن الولى .

ويصح تصرف صغير ولو دون تمييز فى يسير ، ويصح -أيضاً - تصرف رقيق وسفيه بغير إذن ولى وسيد فى شىء يسير ؛ لأن الحكمة فى الحجر خوف ضياع المال ، وهو مفقود فى اليسير ، وشراء رقيق بغير إذن سيده فى ذمته لا يصح للحجر عليه ، وربط المالكية تصرفات الصبى المميز بالمصلحة وعند التساوى يختار له الولى .

وينعقد بيع العبد المحجور إذا باع مال مولاه موقوفاً على إجازته عند الحنفية، وينفذ بيع العبد المأذون بالإجماع[1] .

ولا يشترط إسلام المتعاقدين فى مطلق التبايع، لكن إسلام المشترى شرط لجواز شراء الرقيق المسلم والمصحف حتى لا يجوز ذلك من الكافر .

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٥ / ١٣٥-١٣٦) ، والشرح الكبير ، وحاشية الدسوقى : (٣ / ٢٩٤) ،والقوانين الفقهية لابن جزى : ص٢١١ ، والشرح الصغير : (٣ / ٢) ، وأسهل المدارك للكشناوى: (٢ / ٢٢٠ - ٢٢١) ،وروضة الطالبين للنووى : (٣٤١/٣) ، والمنهاج للنووى :(٢/٧-٨) ، وكفاية الأخيار :(١٤٧/١) ، وكتاب أدب القضاء لابن أبى الدم :(٣٢٦/٢-٣٢٧) ، وكشاف القناع :(١٥٧/٣) ، والروض المربع :ص٢٣٥-٢٣٦ ، والمقنع :(٧/٢) .

إذن قد اشترط الفقهاء فى العاقدين الأهلية وهى فى اللغة : الصلاحية . يقال : فلان أهل للنظر على الوقف أى صالح له(١).

وعند الأصوليين هى : صلاحية الشخص للإلزام والالتزام وهى نوعان :

أهلية وجوب : وهى صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق وتجب عليه واجبات، وهذه الخاصة هى التى سماها الفقهاء الذمة ، وهذه الأهلية ثابتة لكل إنسان ولا يوجد إنسان عديم أهلية الوجوب ؛ لأن أهليته للوجوب هى إنسانيته ، وهى قد تكون كاملة ، وهى التى تثبت للشخص منذ ولادته حياً ، وقد تكون ناقصة ، وهى التى تثبت للشخص الذى لا يزال جنيناً فى بطن أمه، وهاتان الحالتان لا أثر لهما فى إنشاء العقود .

أهلية أداء : وهى صلاحية المكلف لأن تعتبر أقواله وأفعاله ، بحيث إذا صدر منه عقد أو تصرف كان معتبراً شرعاً وترتبت عليه أحكامه وضابطها فى الإنسان وجود العقل والتمييز وتنقسم إلى قسمين :

أهلية أداء كاملة : وتكون لكل بالغ عاقل رشيد لم يحجر عليه لأى سبب من الأسباب .

أهلية أداء ناقصة : لمن كان عنده أصل تمييز ، ولكن ينقصه بعض الصفات، وهؤلاء هم : الصبى المميز، والمعتوه المميز، والسفيه ، وذو الغفلة ، وهؤلاء قد وصفوا بذلك ؛ لأن عندهم أصل التمييز ، ولكن ينقصهم كمال العقل وحسن التدبير(٢).

---

(١) المعجم الوسيط : مادة أهل .

(٢) انظر إرشاد الفحول للشوكانى:(١/ ٧٦)،وأصول الفقه الإسلامى للدكتور وهبة الزحيلى:(١/ ١٦٣-١٦٥)، وأصول الفقه الإسلامى للدكتور زكريا البرى:ص٢٩٤، والإحكام للآمدى :(١/ ٢١٥) .

وقد قسم علماء الأصول الأدوار التى يمر بها الإنسان بالنسبة للأهلية إلى أربعة أدوار[١] .

الدور الأول: دور الجنين فى بطن أمه ،وفيه تثبت للجنين أهلية الوجوب الناقصة فقط فيجب له بعض الحقوق، ولا يجب عليه شيء من الحقوق، ولا تثبت له أهلية الوجوب كاملة، ولا تثبت له أهلية الأداء .

الدور الثانى: هو دور عدم التمييز، والصبى غير المميز هو من كان دون سبع سنوات وتثبت له أهلية الوجوب كاملة، وتثبت له وعليه جميع الحقوق، ولا تثبت له أهلية الأداء، ولا يستطيع مباشرة أى تصرف، وتكون جميع تصرفاته باطلة، وهذا ما أخذ به القانون فى المادة (١١٠مدنى) .

الدور الثالث: دور التمييز وهو من السابعة إلى البلوغ ، وللإنسان فيه أهلية وجوب كاملة، وأهلية أداء ناقصة ؛ ولهذا كانت تصرفاته المالية النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة صحيحة نافذة ، وتصرفاته المالية الضارة ضرراً محضاً كالهبة باطلة، وتصرفاته الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء موقوفة على إجازة الولى. وقد أخذ القانون بذلك فى المادة (١١١مدنى) .

الدور الرابع: دور الرشد ويبدأ من الحادية والعشرين وفيه يكون البالغ الرشيد أهلاً لجميع التصرفات، ومنها البيع والشراء، وأهلا للتبرعات وهى الضارة ضرراً محضاً، وذلك مالم يحجر عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه

---

(١) انظر علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف :ص١٣٧ :١٣٨ ، وأصول التشريع الإسلامى للشيخ على حسب الله: ص٤٠٣-٤٠٤ ، وأصول الفقه الإسلامى للدكتور أحمد النجدى زهو :ص١٦٦-١٧٠ ،وأصول الأحكام الشرعية للدكتور يوسف قاسم: ص٢٥١ ، وأصول الفقه الإسلامى للدكتور زكريا البرى :ص٢٩٤ .

فينصب له قيم يباشر عنه التصرفات . وقد أخذ القانون بذلك في المادة (٤٤مدنى) .

ولما كان البيع، سواء بالنسبة للبائع أو للمشترى من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فيشترط في كل من عاقديه أن يكون رشيداً، ولم يحكم باستمرار الولاية أو توقيع الحجر عليه .

وقد عدّ شراح القانون الرضا من أركان عقد البيع[1] فإذا حدث إكراه يجوز إبطال العقد، وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. (مادة ١٢٧ مدنى) .

وقد خرج القانون المصرى في بعض ما نص عليه بالنسبة للمجنون على أحكام الفقه الإسلامى، فلم يجعل المجنون محجوراً عليه إلا بقرار من المحكمة، ولم يرفع عنه الحجر إلا بقرار من المحكمة، مع أن المجنون في الفقه محجور عليه لذاته، بمعنى أن الجنون متى طرأ على الإنسان كان سبباً للحجر عليه دون توقف على حكم من القضاء ، وعلى هذا لا عبرة بأقواله من حين جنونه، وتصرفاته في حال إفاقته تعتبر صحيحة .

وتصرفاته قبل تسجيل قرار الحجر صحيحة لا باطلة إلا إذا كانت حالة الجنون شائعة وقت التعاقد مع المجنون أو كان الطرف الآخر على بينة منها، كما أن تصرفاته بعد تسجيل قرار الحجر تكون باطلة بطلاناً مطلقاً سواء أوقعت في حال إفاقته إن كان يفيق في بعض الأحيان أم وقعت في حال جنونه![2] المواد (٤٥-١١٣-١١٤ مدنى) .

---

(١) انظر العقود المدنية الكبيرة للدكتور خميس خضر :ص٤٥ .

(٢) انظر المادة (٩٨٠) من مجلة الأحكام العدلية، الشرح الصغير:(٣/ ١٥١)، المقنع : ص١٢٥ ، المدخل لدراسة الشريعة :ص٣١٨ .

وقد جعل القانون المدنى المصرى المعتوه كالمجنون دون تفريق بين معتوه ومعتوه، وطبق عليه أحكام المجنون من جهة الحجر عليه ولزوم صدور حكم من المحكمة المختصة بالحجر، ومدى اعتبار تصرفاته قبل صدور الحكم وبعده .

واعتبار المعتوه فى حكم المجنون مخالف لما هو مقرر فى الفقه الإسلامى من أن العته ليس هو كالجنون دائماً، فأحياناً لا يكون مع العته إدراك ولا تمييز وصاحبه فى هذه الحالة كالمجنون ، وأحياناً يبقى معه تمييز وإدراك ولكن ليس كإدراك العقلاء وتمييزهم وحينئذ يكون الإنسان البالغ كالصبى المميز [١]. المواد (٤٥-١١٣-١١٤ مدنى) .

وقرر القانون أن الحجر على السفيه يكون بحكم من المحكمة وكذلك رفعه، أما تصرفاته المالية فإن صدرت منه بعد تسجيل قرار الحجر فإنها تكون بمنزلة تصرفات الصبى المميز، أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فلا تكون باطلة أو قابلة للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ ، واستثنى القانون الوقف والوصية فعد التصرف بهما صحيحاً من السفيه متى أذنت له المحكمة، وكذلك أعمال الإدارة إذا أذن له القيم بتسلم أمواله لإدارتها . المواد (١١٣-١١٥-١١٦) .

واختيار القانون أن يكون الحجر على السفيه بحكم من المحكمة هو ما قال به جمهور الفقهاء[٢].

---

(١) والمعتوه هو الذى اختل شعوره بأن كان فهمه قليلاً وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسداً المادة (٩٤٥)، من مجلة الأحكام العدلية. ومراتب الإدراك فى المعتوه متفاوتة ، انظر أصول الفقه الإسلامى للدكتور وهبة الزحيلى: (١ / ١٧٠) ، أصول التشريع الإسلامى : ص ٤٠٧) ، المدخل لدراسة الشريعة : ص ٣١٨-٣١٩ .

(٢) السفيه : هو من يبذر ماله ويصرفه فى غير موضعه الصحيح بما لا يتفق مع الحكمة والشرع ، انظر القوانين الفقهية لابن جزى ص٢٧٥ ، مغنى المحتاج: (٢/ ١٧٠) ، المغنى: (٤/ ٥٢٥) .

ولا يرى أبو حنيفة الحجر على السفيه إذا كان بالغاً عاقلاً حرا إلا أنه قال : إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه ، فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة سلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد وقال أبو يوسف ومحمد يحجر عليه[1].

وأما التصرفات قبل قرار الحجر فنافذة عند جمهور الفقهاء ، أما إذا ثبت استغلال السفيه فيكون تصرفه قابلاً للبطلان وهذا اختيار حسن من القانون فينفذ بيعه قبل حجر القاضى[2].

وبعد فإن القانون يتفق مع الفقه الإسلامى فى اشتراط الأهلية فى العاقدين، مع الخلاف الجزئى الذى سقناه آنفاً. وقد استثنى القانون عدة حالات يكفى فيها بلوغ سن التمييز دون بلوغ سن الرشد ؛ لتوافر أهلية البيع والشراء، وذلك إذا سلم له بعض المال لأغراض ، نفقته كانت له أهلية التصرف كاملة. مادة (٦١ من قانون الولاية على المال) وإذا بلغ الصبى الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها (مادة ١١٢ مدنى) ، وإذا بلغ السادسة عشرة من عمره وكسب من عمله أجراً فله التصرف فيه (مادة ٦٣ من قانون الولاية على المال). وإذا أذنت له المحكمة بالاتجار إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره .(مادة ٥٧ من قانون الولاية على المال) [3].

فالصبى عديم التمييز لا ينعقد بيعه، والصبى المميز ينعقد بيعه موقوفاً على

---

(١) انظر اللباب للقدورى :(٢/١٨-١٩) .

(٢) انظر المراجع السابقة .

(٣) انظر الوسيط شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى :(٤/ ١١٠) ، العقود المدنية الكبيرة للدكتور خميس خضر : ص٥١ .وما بعدها .

إجازة وليه ؛ لأن البيع من العقود الدائرة بين النفع والضرر (وهى عقود المعاوضات) ، إذن فلابد فى العاقد أن يكون بالغاً رشيداً حتى يباشر عقد البيع، فالصبى غير المميز والمجنون والمعتوه عته الجنون لا ينعقد بيعهم، والسفيه كالصبى المميز فإن عقده موقوف على إجازة وليه .

ومن خلال ما سبق نلاحظ أن أغلب حالات الأهلية مستمدة من الفقه الإسلامى وقد أشارت إلى ذلك المذكرة التفسيرية[١] .

صيغة عقد البيع: يقصد بصيغة العقد : الأداة أو الوسيلة التى يتم بها التعبير عن إرادة العاقدين فى إبرام العقد ، وهذه الأداة قد تكون لفظاً ، وقد تكون كتابة أو إشارة، وقد تكون فعلاً .

التعاقد بالألفاظ: لا خلاف بين الفقهاء فى جواز التعاقد بالألفاظ ؛ لأنها الأصل فى التعبير عن الإرادة وإظهار الرغبة ولا يقوم غيرها مقامها إلا فى حالة الضرورة ، والقاعدة المقررة فى الفقه الإسلامى أن العبرة فى العقود بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى[٢]،وعلى ذلك فإن الفقهاء لم يستلزموا ألفاظاً معينة لا تنعقد العقود بدونها، بل إن كل عقد ينعقد بما يدل على معناه دلالة واضحة، سواء كانت هذه الدلالة صريحة أم كانت بطريق الكناية[٣] .

والأصل أن العقود تنعقد بصيغة الماضى كأن يقول البائع : بعت، ويقول المشترى : اشتريت ،فيتم الركن؛لأن هذه الصيغة،وإن كانت للماضى وضعاً ،

---

(١) انظر المذكرة التفسيرية :(١/ ٢٢) .

(٢) انظر إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم :(٣/ ٩٩) .

(٣) انظر المدخل لدراسة الفقه الإسلامى للدكتور حسين حامد :ص٢٤٢ .

لكنها جعلت إيجاباً بالحال فى عرف أهل اللغة والشرع، والعرف قاض على الوضع[١].

ولا ينعقد العقد بصيغة المضارع إلا إذا صاحبتها قرينة تدل على أن المراد بها إنشاء العقد فى الحال، لا الوعد بإنشائه فى المستقبل، فإن قال البائع للمشترى: أبيع منك هذا الشىء بكذا ونوى الإيجاب ، فقال المشترى: اشتريت، أو العكس ونويا الإيجاب والقبول تم الركن ، أما إذا اقترن المضارع بأداة تفيد الاستقبال ، كقول البائع : سوف أبيعك أو قال المشترى : سأقبل ، فإنه لا يصلح لانعقاد العقد ؛ لأنه يفيد الوعد بالعقد لا وقوعه[٢].

وقد اختلف الفقهاء فى صيغة الأمر إذا وجدت معها قرينة تدل على قصد إنشاء العقد بها، فيرى الشافعية فى أحد القولين والمالكية أنها تصلح لانعقاد العقد[٣].

ويرى الحنفية والحنابلة أنها لا تصلح لإنشاء العقد حتى مع وجود القرينة ؛ لأنها تستعمل للطلب لا للإخبار[٤].

فلو قال :ابتعه بكذا فقال: اشتريت أو ابتعته لم يصح حتى يقول البائع بعد: بعتك .

---

(١) انظر بدائع الصنائع للكاسانى : (٥ / ١٣٣ - ١٣٤) ، لسان الحكام لابن الشحنة: ص٣٥٠ ، الخرشى على مختصر خليل : (٥ / ٦٠٥) ، الشرح الصغير: (٣ / ١)، مغنى المحتاج للخطيب: (٢/٣-٤) ،الروض المربع للبهوتى :ص٢٣٣-٢٣٤ ، الإقناع فى فقه أحمد للحجاوى:(٢/٥٦-٥٧) .

(٢) انظر بدائع الصنائع:(٥/١٣٣-١٣٤) ،المدخل لدراسة الفقه الإسلامى :ص٢٤٤ .

(٣) انظر مغنى المحتاج:(٢/٥-٦) ، الشرح الصغير :(٣/١) .

(٤) انظر بدائع الصنائع:(٥/١٣٣-١٣٤) ، الإقناع للحجاوى:(٢/٥٧) .

ولا ينعقد العقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق، بأن يقول المشترى للبائع : أتبيع منى هذا الشىء بكـذا؟ أو أبعته بكذا؟ فقال البائع :بعت لا ينـعقد، مالم يقل المشترى : اشتريت ؛ لأن هذه الصيغة لا تدل على وجود الإرادة القاطعة[1].

التعاقد بالكتابة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن التعاقد يمكن أن يتم بالكتابة سواء كان العاقدان حاضرين أم كـان أحدهما غائبـاً عن مجلس العـقد؛ لأن الكتابة لا تـقل عن العبارة فى إظهار الرغـبة، فمناط انعقاد العقد هو الرضا، والـكتابة من مظاهره الخارجية، وينعقـد العقد بأية لغة، وسواء كان الإيجاب والـقبول بها، أم كان أحدهمـا كتابة والآخر مـشافهة، ومثـل الكتاب فـى ذلك الرسول الذى يـنقل الإيجاب من أحد العاقدين إلى الآخر[2].

وذهب الشيرازى من الشافعية إلى أنه لا يجوز العقد بالكتابة طالما أن القدرة على النطق متوفرة[3].

والكتابة من وسائل التعبير عن الإرادة وعما فى النفس فينعقد بها العقد كما قال الجمهور .

---

(١) انظر بدائع الصنائع:(٥/ ١٣٣-١٣٤) ، الروض المربع :ص٢٣٣-٢٣٤ .

(٢) انظر مرشـد الحيران : المواد (٣٤٥ - ٣٤٦ - ٣٤٧) ، وروضة الطالبـين للنووى : (٣ / ٣٣٨) ،ومغنى المحتاج:(٢ / ٥-٦)،الشرح الصغير: (٣ / ١) ، وكشاف القناع : (٣ / ١٤٨) ، والمدخل لدراسة الشريعة : ص٢٤٩ ، المدخل لدراسة الفقه الإسـلامى :ص٢٤٤-٢٤٥ ،المـلـكـية ونـظـريـة العـقـد لـلشـيـخ ـحمـد أبـى زهرة: ص٢١٠-٢١١ .

(٣) انظر المهذب للشيرازى :(١/ ٤٥٧) .

التعاقد بالإشارة:

قد رأى جمهور الفقهاء أن التعاقد بالإشارة لا يجوز للقادر على النطق أو الكتابة؛ لأن العبارة أو الكتابة أوضح فى الدلالة على الرضا من الإشارة، فلا يجوز العدول عنهما إلى الإشارة إلا لضرورة ، فينعقد العقد بإشارة الأخرس المفهومة .

وقد خالف المالكية الجمهور فقالوا: يجوز التعاقد بالإشارة للقادر على النطق أو الكتابة؛ لأن العقود عندهم تنعقد بما يدل على الرضا عرفاً، ويستوى فى ذلك اللفظ والإشارة وغيرهما من كل ما يستدل به على الرضا بالعقد والرغبة فى إنشائه .

التعاقد بالأفعال (المعاطاة):

المعاطاة: هى إعطاء كل من العاقدين لصاحبه ما يقع التبادل عليه دون إيجاب ولا قبول، أو بإيجاب دون قبول أو عكسه، وهى من قبيل الدلالة الحالية[١].

وأجاز بيع المعاطاة الحنفية، وأجازها القدورى [٢] منهم فى الأشياء الخسيسة ولم يجوزها فى الأشياء النفيسة ، وكذلك أجازها المالكية ،والحنابلة[٣].

---

(١) الموسوعة الفقهية لوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت:(٩/ ١١٣) .

(٢) القدورى: أبو الحسين أحمد بن محمد القدورى البغدادى الحنفى المتوفى سنة ٤٢٨هـ.

(٣) انظر بدائع الصنائع:(٥ / ١٣٤) ،ومرشد الحيران : (المواد ٣٤٥ - ٣٤٦ -٣٤٧) ،الخرشى على مختصر خليل:(٥ /٥-٦)،والشرح الصغير:(٣/ ١) ،والروض المربع: ص٢٣٣-٢٣٤ ،ومنار السبيل:(١/ ٣٠٦)، والإقناع فى فقه أحمد:(٢/ ٥٧) .

وقد خالف فى ذلك الشـافعية فقالوا بعدم انعقاد العـقد بالأفعال؛ لأنها لا تدل على الرضا فى وضع اللغة؛ ولأن الألـفاظ أوضح فى الدلالة على الرضا من الأفعال، وهـى ممكنة فلا يجـوز ترك الأوضح إلى غيره مـن غير ضرورة، والأصل أن أخذ أموال الغير حرام، إلا أن يـكون هذا الأخذ عن رضا، ولابد أن يكون هذا الرضـا واضحاً لا شك فيه ولا احتمال معـه، والتعاطى وإن دلّ على الرضا عرفاً إلا أنه يحتمل غيره فلم ينعقد به العقد[1].

وأجازها ابن سريج[2] والرويانى[3] فى المحقرات ،والمتولى[4] والبغوى[5] فى كل شىء [6].

---

(١) انظر المهذب : (١ / ٢٥٧) ، ومغنى المحتاج : (٢ / ٣-٤)،والمجموع للنووى : (٩ / ١٩٠-١٩١)، روضة الـطالـبين:(٣/ ٣٣٦-٣٣٧)، والمدخـل لدراسـة الفـقه الإسلامى :ص٢٤٨، وكفاية الأخيار:(١/ ١٤٧) .

(٢) ابن سريج القاضى أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج مات فى بغداد سنة ٣٠٦هـ ، انظر طبـقات الفقهاء لأبى إسـحاق الشيرازى : ص ١٠٨-١٠٩ ، والفـهرست لابن النديم : ص ٢٩٩ .

(٣) الرويانى: أحمد بن محـمد بن أحمد الرويانى الطبرى فقيه شـافعى توفى سنة٤٠٥هـ انظر الأعلام للزركلى:(١/ ٢١٣) .

(٤) المتولى: عبد الرحمن بن مأمون النيسابورى المعروف بالمتولى فقيه شافعى ولد بنيسابور وتوفى ببغـداد سنة ٤٧٨هـ ، وفيات الأعيان لابـن خلكان : (٣ / ١٣٣ - ١٣٤) والأعلام : (٣ / ٣٢٣) .

(٥) البغوى: الحسـين بن مسعود بن محمد الفـراء البغوى فقيه ومحدث ومـفسر له شرح السنة فى الحديـث، ولباب التأويل فى معالم الـتنزيل فى التفسير تـوفى سنة٥١٠هـ، انظر الأعلام :(٢/ ٢٥٩) .

(٦) انظر المجموع :(٩/ ١٩٠-١٩١ وما بعدهما) .

وأرى أن من يجيزون المعاطاة هم الأقرب إلى الصواب؛ لأن المعتبر فى ذلك هو التراضى، فإذا وجد المعنى الذى اشترطت الصيغة لأجله، فينبغى أن يكون هو المعتمد بشرط أن يكون المأخوذ يعدل الثمن؛ ولأن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف؛ ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبينه النبى -ﷺ- بياناً عاماً، ولم يخف حكمه، والناس يتبايعون فى أسواقهم بالمعاطاة فى كل عصر ولم ينقل إنكاره وهذا ما قال به ابن قدامة وغيره [1].

وقد نصت المادة (٨٩) من التقنين المدنى على أنه: « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد» .

ونصت المادة (٩٠) على أن « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينص القانون، أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً » .

قال الدكتور السنهورى: « يجوز التعبير عن البيع والشراء باللفظ والكتابة، والإشارة والسكوت، ويكون التعبير صريحاً ، أو ضمنياً »[2].

وقال الدكتور أحمد سلامة: إن استعمال الألفاظ واستعمال الإشارة المتداولة عرفاً واتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود

---

(١) انظر المغنى لابن قدامة :(٤-٥-٦) ، وكفاية الأخيار :(١/١٤٧) .
(٢) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٤ / ٤١) .

تعتبر كـلها أساليب مباشرة، فـالألفاظ بأى صيغة كانـت (الماضى، والمضارع، والأمر) قيلت شفاهـة ، أو مكتوبة أو مسجلة كتبت كـتابة عرفية أو رسمية ، تفصح بذاتها عـن مقصود الإرادة، والإشارة التى استقر الناس عـلى أنها تفيد معنى معيناً تعتبر وسيلة مـباشرة للإفصاح عن الإرادة ، وإذا اتخذ الناس موقفاً جرى النـاس على فهمه عـلى معنى معـين يعبر عن الإرادة ،وكذلـك قد يرد التعبير ضمنياً كمن يعرض على آخر أن يوكله فى إبرام عقد معين فيقوم الأخير بإبرام هذا العقد فعلاً ، فيعتبر إبرام العقد من جانبه قبولاً ضمنياً للوكالة [١].

ومما سبق يتبين لـنا أن القانون يتفق مع الفقه فى وسائـل التعبير عن الإرادة التى يعقد بـها العقد، وبهذا يعتبـر الفقه الإسلامى هو الأسبق فى الـتعبير عن الإرادة بالطرق المتعددة التى تعبر عن إرادة العاقدين فى إنشاء العقد .

شروط المبيع :

أولاً : أن يكون المبـيع معلوماً مـن جانب كل من العـاقدين علماً يمـنع من المنازعة ؛ لأن الجهالة التى تفضى إلى المنازعة تفسد البيع عند الحنفية ، وتؤدى إلى النزاع عند التسليم.

ويشترط العلم بـعين المبيع، وقدره ،وصفته، فلا يصح بـيع مجهول الذات كبعتك شاة من هذه الغنم؛ لأنه غير معين الذات ، ولا يصح أن يقال : بعتك بزنة هـذه الصخرة زبيبـاً ؛ لأن القدر ليس معـلوماً ، ولابد أن تكون الـصفة كاشفة للمبيـع ، ضابطة للموصوف ، مبينة لنوعـه وقدره وكميته ، ولابد من استقصاء الأوصاف على الحد المعتبر فى السلم حتى يقوم الوصف مقام الرؤية .

---

(١) انظر مذكرات فى نظرية الالتزام للدكتور أحمد سلامة :ص٨١ .

والعلم بالمبيع إما برؤية له أو لبعضه الدال عليه مقارنة له أو متقدمة بزمن لا يتغير فيه المبيع ظاهراً ، ويلحق بذلك ما عرف بلمسه أو شمه أو ذوقه ، أو بصفة تكفى فى السلم فتقوم مقام الرؤية فى بيع ما يجوز السلم خاصة ، فإن كانت العين المبيعة معينة سواء كانت المعينة غائبة أم حاضرة ، وذكر صفاتها التى تضبط وتأتى فى السلم ، فإذا نقصت صفة ، أو تعيبت ، ينفسخ العقد بردها على البائع ، وليس للمشترى طلب بدلها كوقوع العقد على عينها الحاضرة ، وإن كانت العين غير معينة ووصفت وصف السلم كشاة أو عبد ، فإذا وجد العين المبيعة كما وصفت له (أى المشترى) فليس له الرد ، وإن كانت على غير ما وصفت كان له الرد ولم يفسخ العقد برده ؛ لأن العقد لم يقع على عينها بخلاف النوع الأول [1].

ويترتب على هذا الشرط أنه لا يصح بيع كل ما فيه غرر ، فلا يصح بيع الحمل مفرداً عن أمه ؛ لأنه -ﷺ- « نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَضَامِينِ والْمَلاَقِيحِ » [2]. ولا يصح بيع ما فى أصلاب الفحول ، ولا بيع عَسَبِ الْفَحْلِ وهو ضرابه للنهى عنه [3].

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٥/١٥٦ - ١٥٧) ، وحاشية ابن عابدين : (٤/ ٦) ، والشرح الصغير للدرديرى : (٣/ ٥٠٤) ، والخرشى على مختصر خليل : (٥/ ١٥- ١٦) ، ومسالك الدلالة فى شرح متن الرسالة للإمام أحمد بن محمد الصديق: صـ٢٢٧ ، الشرح الكبير للدرديرى : (٣/ ٢٤) ، ومغنى المحتاج للخطيب الشربينى (٢/ ١٦) ، ونهاية المحتاج للرملى : (٣/ ٤٠٢ - ٤٠٥) ، وأدب القضاء : (٢/ ٣٢٣) ، وكشاف القناع : (٣/ ١٦٣ - ١٦٤ وما بعدهما) ، والروض المربع : (٢٣٥ - ٢٣٦) ، ومنار السبيل : (١/ ٢٠٩) .

(٢) موطأ مالك : (٢/ ٦٥٤) كتاب البيوع باب ما لا يجوز من بيع الحيوان .
المضامين : بيع ما فى بطون إناث الإبل . الملاقيح : بيع ما فى ظهور الجمال .

(٣) صحيح البخارى مع فتح البارى : (٤/ ٥٣٩) كتاب الإجارة باب عسب الفحل .

ولا يصح بيعُ حَبَل الحَبَلَة [١] ، ولا اللبن فى الضرع ، ولا الصوف على ظهر الغنم ؛ لأنه « نهى أن يُبَاعَ صُوفٌ على ظَهْرٍ أو لبنٌ فى ضَرْعٍ » [٢] ؛ لأنه متصل بالحيوان فلم يجز إفراده ، وأجازه الظاهرية [٣] . ولا يصح بيع المُلاَمَسَةِ والمُنَابَذَة فيقال : أى ثوب لمسته أو نبذته فهو بكذا ، لنهى النبى -ﷺ- « نهى عن المُلاَمَسَةِ والمُنَابَذَةِ » [٤] . ولا يصح بيح الحصاة كان يقول البائع : ارم هذه الحصاة فعلى أى ثوب وقعت فهو لك بكذا ، لنهى النبى -ﷺ- عن بيع الحَصَاة [٥] .

مما سبق نرى أنه يجب أن يكون المبيع معلوماً علماً ينافى الجهالة ويمنع من المنازعة ، حتى يتم البيع ويحصل الرضا .

وقد نصت المادة (٤١٩/١) مدنى « على أنه يجب أن يكون المشترى عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع ، وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه » ، وشرط العلم بالمبيع علماً يمنع من الجهالة الفاحشة ، يقابله شرط تعيين المحل أو قابليته للتعيين فى القانون المدنى وهذا ما

---

(١) صحيح البخارى مع فتح البارى : (٤/ ٤١٨) كتاب البيوع باب بيع الغرر .
حبل الحبلة : كان بيعاً يتبايعه أهل الجاهلية ، كان الرجل يبتاع الجذور إلى أن تنتج الناقة ثم ينتج الذى فى بطنها .

(٢) كتاب المراسيل لأبى داود : (٣/ ٢٤٢) باب ما جاء فى التجارة .

(٣) المحلى لابن حزم : (٨/ ٤٠٤) .

(٤) صحيح البخارى مع فتح البارى : (٤/ ٤٢٠) كتاب البيوع باب بيع المنابذة .
صحيح مسلم مع شرح النووى : (١٠/ ٤١١) كتاب البيوع باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة .

(٥) صحيح مسلم بشرح النووى : (١٠/ ٤١٢) نفس الكتاب باب بطلان بيع الحصاة.

نصت عليه المادة (١٣٣/ ١) : « إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً » .

قال الدكتور السنهورى : « إن محل الالتزام يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ، فإذا وقع البيع على شىء معين بالذات وجب أن يوصف الشىء وصفاً يمنع من الجهالة الفاحشة ، فإذا باع شخص داراً ، وجب أن يبين موقعها وأوصافها الأساسية التى تميزها عن الدور الأخرى » [١].

وقد أشارت المادة السابقة إلى أن المبيع إذا كان غير معين بالذات وجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه كمائة أردب من القمح الهندى الجيد [٢].

فإذا لم يحدد المقدار وجب أن يتضمن العقد ما يستطاع به تحديده كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين ، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد فى العقد فهو قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى وهذا ما أشارت إليه المادة (١٣٣/ ٢) ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشىء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط (١٣٣/ ٢مدنى) .

« فلا يكون جيداً حتى لا يغبن البائع، ولا يكون رديئاً حتى لا يغبن المشترى»[٣].

وبعد فإذا كان هناك اتفاق بين الفقه والقانون فى الجملة، فإن هناك اختلافاً

---

(١) الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى : (٤/ ٢٢٥) .

(٢) انظر السابق : (٤/ ٢٢٦) .

(٣) انظر الوسيط للدكتور السنهورى :(٤/ ٢٢٦) .

بينهما فى التطبيق ،فالفقه الإسلامى أكثر تشدداً فى شرط العلم بالمحل، وذلك يبدو واضحاً من عرض بعض الصور التى يحكم الفقهاء فيها ببطلان البيع ؛ لعدم تعيين المحل، فى حين أن القانون يعتبره قابلاً للتعيين أو حتى معيناً، فإذا بيعت السلعة برأس مالها أو بربح يضاف لرأس المال، أو بما باع به فلان والمشترى لا يعلم رأس المال ولا الثمن الذى باع به فلان سلعته كان العقد باطلاً فى نظر الفقه الإسلامى؛ لأن المحل وهو الثمن فى هذه الصور مجهول وقت العقد، أما القانون الوضعى : فإنه يجيز العقد فى هذه الحالات؛ لأن محل العقد، وإن لم يكن معيناً وقت التعاقد إلا أنه قابل للتعيين[1].

واشترط الفقهاء فى المحل المبيع أن يكون موجودا : فلا يصح بيع المعدوم أى ما لم يكن موجودا أصلا ؛ ولا يصح بيع الثمرة قبل أن تخلق ؛ لأنه من بيع المعدوم ، وأما بعد بدء الصلاح فيجوز عند الجمهور ، ويجوز عند أبى حنيفة إلا إذا اشترط التبقية ؛ لأنه شرط ينافى مقتضى العقد ؛ ولأنه شغل لملك الغير بلا فائدة ، وأما بيعها قبل بدء صلاحها فرفض إجازتها الجمهور، وأجازها أبو حنيفة ، ورفضها بعض الحنفية [2].

قال الكاسانى :« من مشايخنا من قال : لا يجوز إلا إذا صار بحال ينتفع به بوجه من الوجوه ، فإن كان بحيث لا ينتفع به أصلا لاينعقد واحتجوا بما روى عن النبى ﷺ أنه :« نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها » [3]؛ ولأنه إذا لم

---

(١) انظر المدخل لدراسة الفقه الإسلامى للدكتور حسين حامد : ص ٣١٧ .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٥ / ١٣٨ ،١٣٩) ، واللباب : (٢ / ٢٢٨)، وأسهل المدارك :(٢ / ٢٩٩ ، ٣٠٠) ،ومنار السبيل :(١ / ٣١٧) ،ومغنى المحتاج:(٢ / ٨٨، ٨٩) .

(٣) مسند الإمام أحمد :(٢ / ٥٦) من مسند عبد الله بن عمر ، وسنن ابن ماجه==

يبد صلاحها لم تكن منتفعا بها فلا تكون مالا فلا يجوز بيعها » [١] .

وورأى الجمهور هو الصواب ؛ لوجود النص .

وعموما لا يجوز بيع المعدوم ولكن لا خلاف فى استثناء بيع السلم فهو صحيح مع أنه بيع المعدوم ، وذلك ؛ للنصوص الواردة فيه ،ومنها : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان [٢]، ورخص فى السلم » [٣].

وأجاز ابن القيم بيع المعدوم إذا كان محقق الوجود فى المستقبل بحسب العادة [٤].

أما فى القانون فاشترط أن يكون المحل موجودا :

« إن المحل يجب أن يكون موجودا ، والمعنى المقصود بالوجود : هو أن يكون المبيع موجودا وقت انعقاد البيع ، أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك ، فإذا كان المبيع غير موجود أصلا ، ولا يمكن وجوده فى المستقبل ، فالبيع باطل، وإذا وجد المبيع ثم هلك قبل البيع فالبيع أيضا يكون باطلا ، أما إذا كان المبيع موجوداً وقت البيع ولكنه هلك قبل التسليم فالبيع ينفسخ » [٥].

«وقد يقصد المتبايعان أن يقع البيع على شىء موجود فعلا لا على شىء

= = (٢ / ٧٤٦)كتاب التجارات باب النهى عن بيع الثمار .

(١) انظر بدائع الصنائع :(٥ / ١٣٨، ١٣٩) ، ضوابط المصلحة فى الشريعة الإسلامية للدكتور محمد سعيد رمضان البوطى : ص ٧٧ .

(٢) سنن الترمذى : (٣ / ٥٤٣) .(١٢) كتاب البيوع .(١٩) باب ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عندك .

(٣) انظر بدائع الصنائع :(٥ / ١٣٨ ، ١٣٩) ،الموسوعة الفقهية الكويتية :(٩ / ١٤).

(٤) انظر إعلام الموقعين لابن القيم :(٢ / ٢٦).

(٥) الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى :(٤ / ١٩٢) .

ممكن الوجود فـفى هذه الحالة إذا كان المبيع غير مـوجود وقت البيع حـتى لو أمكن وجوده فى المستقبل ، كان البيع باطلا ، فإذا لم يقصد المتبايعان أن يتبايعا شيئا موجودا فعلا وقت البيع جاز ويقع الـبيع على شىء يوجد فى المستقبل ، وقد نصـت الفقرة الأولـى من المادة (١٣١مدنـى) على أن « يجـوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ».

فيجوز بيع الأشياء المستقبلة : كالمحـصولات قبل أن تنبت بثمن مقدر بسعر الوحدة أو مقدر جزافـا ، ويصح أن يبيع شخص من آخر منـزلا لم يبدأ بناءه على أن تنتقل ملكـية المنزل إلى المشترى عند تمام البناء فهذا بـيع شىء مستقبل محقق الوجود [١].

« وقد يكون الشىء المستقبل محتمل الوجود كما إذا باع شخص نتاج ماشية فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد ، والبيع هـنا معلق على شرط واقف يتحقق إذا وجد النتاج وهذا يقرب من بيع السلم المعروف فى الفقه الإسلامى » [٢].

والبيوع الـسابقة بعضـها فيه غرر وهذه البـيوع المستقبـلية تختلـف عن بيع السلم،فـبيع السلم لابـد أن يكون معلوم الجـنس ، ومعلوم النـوع ، ومعلوم الصفة ،ومعلوم القدر .

فالقانون الوضعى لا يشترط فى محـل الالتزام أن يكون محقق الوجود عند التعـاقد دائما ، بل إن الأمر فـيه يرجع إلى قصـد المتعاقدين ، فـإن قصدا أن يكون التعاقد على شيء موجود فعلا وجب أن يكون هذا الشيء محقق الوجود عند العقد ، وأما إذا انصرف قصد العاقـدين إلى التعاقد على شيء يوجد فى

---

(١) انظر الوسيط شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى :(٤ / ١٩١ ،١٩٢) .

(٢) السابق :(٤ / ١٩٣).

المستقبل ، وجب أن يكون ذلك الشيء ممكن الوجود فى ذلك الوقت .

ومن هذا يظهر أن القاعدة فى القانون الوضعى : هى جواز التعاقد على الأشياء المستقبلية ، والاستثناء المنع ، بخلاف الحال فى الفقه الإسلامى الذى يشترط فى محل التعاقد أن يكون محقق الوجود عند العقد ، ويحكم ببطلان التعاقد على الأشياء المستقبلية إلا إذا كانت متحققة الوجود فى المستقبل كما قال ابن القيم [١] .

الشرط الثانى: أن يكون مالا طاهرا منتفعا به غير منهى عنه ، فلا ينعقد بيع الإنسان الحر ؛ لأنه ليس بمال ، وكذا أم الولد ؛ لأنها حرة من وجه ، ولا ينعقد بيع الخمر والخنزير فى حق مسلم ؛ لأنه ليس بمال فى حق المسلم ، ويجوز بيع الكلب عند الحنفية ، ما عدا الكلب العقور ؛ لأن الكلب عندهم مال فكان محلا للبيع ؛ ولأنه ينتفع به فى الحراسة والصيد ، والحديث الذى يقول : « من السحت مهر البغى وثمن الكلب »[٢] يحتمل أن ذلك كان فى بداية الإسلام ؛ لأنهم كانوا قد ألفوا الكلاب ، فأمر بقتلها ونهى عن بيعها مبالغة فى الزجر[٣]

ولا يجوز بيع الكلب عند الشافعية سواء المعلم أو غيره ، وأجاز بعض المالكية كلاب الصيد ، وهو الصحيح ؛ لأن الكلاب البوليسية المعلمة الآن أصبحت تباع وتشترى ، ولها دور فى كشف الجريمة ، وأصبحت متقومة .

---

(١) انظر المدخل لدراسة الفقه الإسلامى للدكتور حسين حامد حسان: ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ .

(٢) انظر صحيح البخارى مع فتح البارى :(٤ / ٤٩٧) كتاب البيوع باب ثمن الكلب .

(٣) انظر بدائع الصنائع للكاسانى :(٥ / ١٤٠ ، ١٤١ ، ١٤٥)، حاشية ابن عابدين : (٤ / ٣) ،الفقه الإسلامى وأدلته :(٤ / ٣٥٨).

ويجوز بيع آلات الملاهى عند أبى حنيفة ؛ لإمكان الانتفاع بالأدوات المركبة منها وكذلك عند الشافعية ، إذا كانت بعد كسرها تعد مالا ، وعند الصاحبين وبقية الأئمة لا ينعقد بيع هذه الأشياء ؛ لأنها معدة للفساد ، موضوعة للفسق فلا تكون أموالا فلا يجوز بيعها ؛ ولأنها تشغل عن ذكر الله وعن الصلاة .

ولابد أن يكون المبيع طاهرا ، فلا يصح بيع نجس ولا متنجس لايمكن تطهيره ، كالخل واللبن إذا تنجسا ، وعظم الميتة وشعرها وصوفها ووبرها وريشها ، وخفها وظلفها يجوز بيع ذلك عند الحنفية ، ولا يجوز ذلك عند المالكية ولو دبغ ؛ لأنه لا يطهر .

ولا بد أن يكون المبيع منتفعا به شرعا ؛ لأن مالا نفع فيه ليس بمال ، فأخذ المال فى مقابلته باطل ، ولعدم النفع سببان : أحدهما القلة كالحبة والحبتين من الحنطة والزبيب ونحوهما فإن ذلك القدر لايعد مالا ولا ينظر إليه إلا إذا ضم بعضه إلى بعض .

والثانى لخسته : كالخنافس والعقارب والحيات والفأر والنمل ، والسباع التى لا تصلح للصيد ونحوها ، وكذلك كل ما نهى الشارع عن بيعه فلا يجوز [1].

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٥ / ١٤٠ - ١٤١ - ١٤٥) ، حاشية ابن عابدين : (٤ / ٣) ، الشرح الصغير : (٣ / ٤) ، أسهل المدارك للكشناوى : (٢ / ٢٥٨) ، القوانين الفقهية لابن جزى : ص ٢١٢ - ٢١٣ ،الخرشى على مختصر خليل:(٥ / ١٥ - ١٦) ، روضة الطالبين للنووى : (٣ / ٣٤٨) ، كفاية الأخيار : (١ / ١٤٨) ، نهاية المحتاج : (٣ / ٢٩٢ - ٢٩٣) ، مغنى المحتاج : (٢ / ١١ - ١٢) ، المهذب للشيرازى : (١ / ٢٦١) ، المنهاج للنووى : (٢ / ١٠ - ١٧)، كشاف القناع للبهوتى : (٣ / ١٥٢ - ١٥٣) ، الروض المربع للبهوتى : ص٢٣٤- ٢٣٥) .

وهذا الشرط يقـابله فى القانون ، أن يكون المـبيع قابلاً للتعـامل فيه ، فإذا امتنع التعامل فى هذا المحل كان العقد باطلاً ، فقد نصت المادة (١٣٥ مدنى) على الآتى : « إذا كان محل الالتزام مخالفـاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً » .

قال الدكتور السنهورى : « وعدم مشروعية التعامل فى المحل بسبب مخالفة النظام العـام تعرف إما بنص فى القـانون ، أو أنها تعرف من مبـادىء القانون العامة وقواعده الكلية » [1].

وهذا المعيار نـسبى يختلف باختـلاف الشعوب والأزمان ، فما يعـد مخالفاً للآداب فى شعب قد لا يعد كذلك فى شـعب آخر ، وما يعده الشعب الواحد مخالـفاً للآداب فى زمـن ، قد لا يعده كـذلك بعد فـترة من الزمـن ، وعدم المشروعية إنما ترجع إلى القانون ، فقد يكون المحل لا يقع عليه البيع فى الشرع كالخمر ويكون محلاً صالحاً فى القـانون ، ومن خلال ما سبق نرى أن القانون يمنع التعامل فى الأشياء التى يمنع الفقه الإسلامى التعامل فيها ولنفس الأسباب التى يؤسس عليه الفقه هذا المنع فى الجملة ، ولكن زاد الفقهاء فمنعوا التعامل فى بعض الأشياء إمـا لنجاستها ، وإما لعدم الانتفـاع بها ، أو لأن الانتفاع لا يقره الشرع فهو معدوم شرعاً [2] .

والأصل الذى يجب التحاكم إليه فى الحل والحرمة هو الشريعة الإسلامية ؛ لأنه قد يكون مخالفاً للنظام العام فى القانون وليس كذلك فى الشريعة .

---

(١) انظر الـوسيط للدكـتور السنهـورى : (٤ / ٢٦٤) ، وانظر عقد الـبيع فى التـقنين المدنى الجديد للدكتور سليمان مرقص والدكتور محمد على إمام : ص ٦٧ - ٩٨ .

(٢) انظر المدخل لدراسة الفقه للدكتور حسين حامد : ص ٢٩٠ - ٢٩١ .

ثالثا : من شروط المبيع القدرة على التسليم :

لأن ما لا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم ، والمعدوم لا يصح بيعه ؛ لأن العقد لا ينعقد إلا لفائدة ، ولا يفيد إذا لم يكن مقدوراً على تسليمه ، والعجز عن التسليم ثابت حالة العقد ، وفى حصول القدرة بعد ذلك شك ، واحتمال قد يحصل وقد لا يحصل ، وما لم يكن منعقداً بيقين لا ينعقد لفائدة تحتمل الوجود والعدم على الأصل المعهود إن لم يكن ثابتاً بيقين أنه لا يثبت بالشك والاحتمال .

وعلى ذلك فلا يصح بيع الطير فى الهواء ولا الوحش فى الفلاة ولا البعير الشارد ولا العبد الآبق ولا السمك فى الماء ؛ لأن ذلك يتعذر تسليمه .

ويجب أن يكون المبيع مقدور التسليم من غير ضرر يلحق بالبائع ، فلو باع جذعاً له فى سقف أنه لا يجوز ؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلا بالنزع والقطع وفيه ضرر بالبائع ، والضرر غير مستحق بالعقد ؛ ولا يصح بيع نصف سيف ؛ لأن تسليمه لا يصح إلا بكسره ، وفيه نقص وتضييع للمال ، وهذا لا يجوز شرعاً؛ لأنه منهى عنه[1] .

وما يقابل هذا الشرط فى القانون هو أن يكون محل الالتزام ممكناً ، فقد نصت المادة (١٣٢ مدنى) على الآتى : « إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلاً » .

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٥ / ١٤٧ - ١٤٨) ، مواهب الجليل من أدلة خليل للشنقيطى : (٣ / ٢٥٠) ، مسالك الدلالة شرح الرسالة والرسالة : ص ٢٢٧ ، الشرح الصغير : (٣ / ٤) ، مغنى المحتاج : (٢ / ١٢) ،كشاف القناع : (٣ / ١٦٢) ، الكافى لابن قدامة : (٢ / ٣٥) .

قال الدكتور أحمد سلامة : « ويفيد هذا الشرط ضرورة أن يكون في الإمكان القيام بالعمل المتفق على القيام به - فإذا كان القيام به مستحيلا كان الالتزام غير موجود إذ لا التزام بمستحيل ، يستوى أن تكون الاستحالة مادية أو قانونية ، ومثال الاستحالة المادية أن يلتزم البائع بنقل منزل معين في حين يكون هذا المنزل قد تهدم قبل الاتفاق ، ومثال الاستحالة القانونية أن يتفق شخص مع محام على أن يرفع له استئنافاً على حكم قضائى معين فى حين يكون موعد الاستئناف قد انقضى قبل الاتفاق »[1] .

والمقصود بالاستحالة هى المطلقة التى تؤدى إلى عدم إمكان قيام أى شخص بالعمل المتفق عليه ، وهذه الاستحالة تبطل العقد إذا كانت قائمة عند التعاقد، ويكون قابلاً للفسخ إذا حدث بعده[2] ، وما ذكره الفقهاء أدق مما فى القانون ، وخاصة أن القانون لم يتعرض لحالة الضرر التى قد تلحق بالبائع كما ذكرها الفقهاء ، وإن اتفقا فى أصل المسألة فالفقه الإسلامى هو الأسبق إلى تحديد هذا الشرط .

---

(١) انظر مذكرات فى نظرية الالتزام للدكتور أحمد سلامة : ص ١٣٤ .

(٢) انظر المدخل فى دراسة الفقه للدكتور حسين حامد : ص ٣٠٦ .

بيع المشاع

إن بيع الشريك نصيبه فى الملك المشاع جائز فيما يقسم وما لا يقسم ، من الشريك أو من غير الشريك[١] .

وقد نصت المادة (٢١٤) من مجلة الأحكام العدلية على ما يأتى :

« بيع حصة شائعة معلومة كالنصف والثلث والعشر من عقار مملوك قبل الإفراز صحيح »[٢] .

أما إذا كانت الحصة غير معلومة فالبيع فاسد لجهالة المبيع ، فلو قال لرجل بعتك نصيبى من هذه الدار بكذا وقبل المشترى ، ولم يكن عالماً بنصيبه لا يجوز هذا البيع ، وإن علم جاز[٣] .

وكما يصح به حصة شائعة معلومة من العقار يصح بيعها أيضاً من البناء والشجر تبعاً للأرض سواء باع من شريكه أم من أجنبى ، ولا يشترط فيه إذن الشريك[٤] .

وقد نصت المادة (٢١٥) من المجلة على الآتى : يصح بيع الحصة المعلومة الشائعة بدون إذن الشريك »[٥] .

---

(١) انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم : (٧ / ٢٨٦) ، وفتح القدير لابن الهمام : (٦ / ٢٧٥) .

(٢) انظر كتاب شرح المجلة والمجلة لسليم بن رستم باز اللبنانى : (١ / ٩١) ، ومرآة المجلة وهى شرح مجلة القوانين الشرعية والأحكام العدلية ليوسف آصاف : (١ / ٩٠) .

(٣) كتاب شرح المجلة والمجلة لسليم بن رستم باز : (١ / ٩١) .

(٤) انظر السابق : نفس الصفحة .

(٥) انظر السابق : نفس الصفحة .

قال شارح مجلة الأحكام العدلية سليم بن رستم باز : « إن جواز بيع الحصة الشائعة بدون إذن الشريك بحكم هاتين المادتين إنما يجرى فى العقار أو فى البناء والشجر تبعاً للأرض لا فى الحصة الشائعة من البناء والشجر والزرع والثمر بدون الأرض ؛ لأن بيع الحصة الشائعة من الشجر والزرع والثمر قبل الإدراك غير جائز ، سواء كان من شريكه أو من أجنبى ، وإن رضى شريكه ؛ لأن البائع يطالب المشترى بالقلع تفريغاً لنصيبه من الأرض ، ولا يمكن ذلك إلا بقلع الكل فيتضرر الشريك ؛ لأنه إن كان هو المشترى لزمه أن يقلع ما لم يشتره وهو نصيب نفسه ، وإن كان المشترى أجنبياً لزم الشريك أيضاً قلع حصته من الشجر والزرع والثمر إذا طالبه المشترى بذلك ولهذا فسد البيع » .

« وإذا رضى به الشريك وأجازه كان له أن يرجع عن إجازته ؛ لأن الإنسان لا يجبر على تحمل الضرر وإن رضى به ، أما إذا انتفى ضرر القلع فالبيع جائز كما لو باع الأكار[1] حصته من الزرع أو الثمر لصاحب الأرض ، فإن البيع صحيح ؛لأن مناط الفساد حصول الضرر بالقلع وهذا منتف لكون الأرض كلها للمالك لا شىء فيها للأكار ، وبالعكس أى إذا باع المالك حصته من الأكار فالبيع فاسد ؛ لأنه يمكنه تكليف الأكار القلع فيتضرر به وهذا كله فيما إذا لم يدرك الزرع والثمر »[2] .

---

(١) أكَرَ الأرض أكْراً : حرثها وزرعها ، وآكره مؤاكرة- زارعه على نصيب معلوم مما يزرع والأكار : الحراث المعجم الوسيط مادة (أكر) .

(٢) انظر كتاب شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم بن رستم باز : (١ / ٩١) ، حاشية ابن عابدين : (٣ / ٣٤٤) ، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للإمام علاء الدين أبى الحسن على بن خليل الطرابلسى الحنفى : ص ١٣٨ ، لسان الحكام فى معرفة الأحكام لابن الشحنة : ٣٥٢ ، جامع الفصولين للشيخ محمود بن إسماعيل الشهير بابن قاضى سماوة الحنفى : (٢ / ٨٢) .

أما إذا أدرك الزرع فالبيع جائز لعدم الضرر بالقطع ، وكذا إذا كان الشجر معدوداً للقلع كالحور[١] والصفصاف والأشجار الصغيرة المغروسة على أن تنقل إلى محل آخر وهى المعروفة بالنصب ، فإذا انتهى أوان قطعها صح بيع الحصة الشائعة منها بلا إذن الشريك ؛ لأنه لا ضرر على أحد بالقسمة ، لكونها على شرف القلع »[٢] .

بيع الحصة الشائعة من البناء دون الأرض :

وأما بيع الحصة الشائعة من البناء بدون الأرض فعلى ثلاثة أوجه :

أحدها : أن تكون الأرض لهما ، فإن كانت الأرض لهما فالبيع فاسد سواء باع من شريكه أو من أجنبى رضى شريكه أو لم يرض ؛ لأن للبائع حينئذ أن يطالب المشترى بالهدم فيتضرر الشريك .

وكذلك لو كانت الأرض والبناء لواحد فباع نصفه من رجل فالبيع فاسد ؛ لأن المشترى يطالبه بالهدم فيتضرر البائع فيما لم يبعه[٣] .

ثانيها : إن كانت الأرض لغيرها فإن باع الأجنبى لا يجوز ؛ لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بضرر وهو نقض البناء ، وإن باع لشريكه يجوز لكن ينبغى حمله على مالا ضرر فيه، كما لو استعار الأرض للبناء مدة ومضت المدة ؛ لأن البائع

---

(١) الحور : شجر خشبه أبيض اللون ، يستعمل فى صنع ألواح خشب الطبقات الأبلكاش، المعجم الوسيط مادة (حور) .

(٢) انظر شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم بن رستم باز (١ / ٩١) مادة (٢١٤) ، حاشية ابن عابدين : (٣ / ٣٤٤) .

(٣) انظر شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم بن رستم باز (١ / ٩١) مادة (٢١٤) ، حاشية ابن عابدين : (٣ / ٣٤٥) ، معين الحكام لعلي بن خليل الطرابلسى : ص١٣٨ ، جامع الفصولين : (٢ / ٨٢) .

لا حق له فى الأرض فلا يمكنه مطالبة المشترى بالقلع[١] .

ثالثها : وإن كانت الأرض لأحدهما فإن باع أحدهما لأجنبى لا يجوز وإن لشريكه ينبغى الجواز سواء كان البائع صاحب الأرض أو الآخر ؛ لأن البناء هنا لا يكون إلا بطريق الإباحة فهو مستحق القلع[٢] .

قال ابن قاضى سماوة : « دار بين رجلين فباع أحدهما بناءها من أجنبى لم يجز ؛ إذ لا يخلو إما أنه باعه بشرط الترك أو بشرط القلع ، أما الأول : فلا يجوز ؛ لأنه شرط منفعة للمشترى دون البائع وأما الثانى : فلم يجز أيضاً ؛ لأن فيه ضرراً بالشريك الذى لم يبع[٣] .

وقد نظم المرحوم محمد قدرى باشا فى كتابه القيم مرشد الحيران بيع المشاع فى أربع مواد على النحو التالى :

ففى المادة (٣٩١) قال : « يصح بيع حصة شائعة معلومة من عقار قبل فرزها » .

وفى المادة (٣٩٢) قال : « بيع أحد الشريكين حصة مشاعة فى بناء أو شجر قائم فى أرض محتكرة جائز للشريك وللأجنبى » .

وفى المادة (٣٩٣) قال : « ما يترتب على بيعه مشاعاً ضرر للبائع أو للشريك فلا يصح بيعه مشاعاً ، فمن كان له أرض وله فيها زرع فلا يصح بيع الزرع قبل إدراكه بدون الأرض لكن إذا لم يفسخ العقد حتى أدرك الزرع انقلب

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين : (٣ / ٣٤٥) .

(٢) انظر حاشية ابن عابدين : (٣ / ٣٤٥) .

(٣) محمود بن إسماعيل الشهير بابن قاضى سماوة الحنفى فى جامع الفصولين : (٢ / ٨٢ - ٨٣) .

العقد جائزاً ، ولا يجوز للشريك أن يبيع حصته مشاعة من الزرع قبل إدراكه ، ومن الثمر قبل بدو صلاحه ، ومن الشجر قبل بلوغ أوان قطعه من دون بيع الأرض ويجوز ذلك من الشريك : فإن لم يفسخ العقد حتى استوى الثمر ، وأدرك الزرع وبلغ الشجر انقلب البيع صحيحاً » .

وفي المادة (٣٩٤) قال : « ما أمن ضرره للبائع والشريك يجوز بيعه مشاعاً فيصح بيع الثمر بعد نضجه والزرع بعد إدراكه ، والشجر بعد بلوغ أوان قطعه بدون الأرض سواء بيع ذلك للشريك أو للأجنبي »[1] هذا عند الحنفية ، فللشريك أن يبيع حصته المشاعة وكل ذلك إذا أمن الضرر .

أيضاً فإن المالكية يجيزون بيع المشاع فقالوا : « ويجوز بيع المشاع وهو غير المتميز على حدة كالنصف أو الثلث أو الربع ، سواء كان عقاراً كالدار والأرض أم غيره كالعروض والحيوان ، مما هو شائع في جنسه أو نوعه »[2] .

وقال الشافعية : « يجوز بيع المشاع كنصف من عبد أو بهيمة أو ثوب ؛ أو خشبة أو أرض أو شجرة أو غير ذلك بلا خلاف ، سواء كان مما ينقسم أم لا كالعبد والبهيمة للإجماع »[3] .

وقال الحنابلة : « من باع مشاعاً من صبرة بالأجزاء كالربع أو الثلث صح

---

(١) مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان لمحمد قدري باشا : ص ٧٣ ، ٧٤ .

(٢) انظر أسهل المدارك للكشناوي : (٢ / ٢٨١) ، وجواهر الإكليل شرح مختصر خليل للشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهري : (٢ / ٧) .

(٣) المجموع للنووي : (٩ / ٣٠٨ - ٣٠٩) ، ومغني المحتاج للخطيب : (٢ / ١١ - ١٢) ، نهاية المحتاج للرملي : (٣ / ٢٩٢ - ٢٩٣) ، وكفاية الأخيار : (١ / ١٥٠) ، وكتاب أدب القضاء لابن أبي الدم : (٢ / ٢٠٠ - ٢٠٧) .

البيع ، ومن باع جزءاً مشاعاً من دار كالثلث ونحوه صح البيع » .

« ومن باع مشاعاً بينه وبين غيره بغير إذن شريكه كعبد مشترك بينهما ، أو باع ما ينقسم عليه الثمن لأجزاء كقفيزين متساويين لهما (البائع وشريكه) فيصح البيع فى نصيبه بقسطه ، فإنه لا يلزم منه جهالة فى الثمن لانقسامه هنا على أجزاء ، وللمشترى الخيار بين الرد والإمساك إذا لم يكن عالماً بأن المبيع مشترك بينه وبين غيره ؛ لأن الشركة عيب ، فإن كان عالماً فلا خيار له ، لإقدامه على الشراء مع علمه بالشركة ، ولا خيار للبائع ؛ لأنه رضى بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه » .

« وللمشترى الأرش إن أمسك ولم يفسخ فيما ينقصه التفريق كزوج خف أحدهما له والأخرى لآخر باعهما ، وكانت قيمتهما مجتمعين ثمانية دراهم،وقيمة كل واحدة منفردة درهمين ، فإذا اختار المشترى الإمساك أخذ بنصف الثمن واسترجع من البائع ربعه ، فتستقر معه بربع الثمن المعقود به»[١].

وقد ذكر ابن حزم أن عبد الملك به يعلى [٢] وهوتابعى قاضى البصرة - لا يجيز بيع المشاع ورد عليه ابن حزم ذلك وقال : أما من منع بيع المشاع فلا نعلم لهم حجة أصلا بل هو خلاف القرآن والسنة ، قال تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾[٣].

---

(١) انظر كشاف القناع للبهوتى : (٣ / ١٦٨ ، ١٧٠ ، ١٧٧ ، ١٧٨ ، ٢٤٨) .

(٢) عبد الملك بن يعلى الليثى البصرى ، قاضى البصرة ، مات بعد المائة ، تقريب التهذيب لابن حجر : (١ / ٥٢٤) .

(٣) سورة البقرة من آية (٢٧٥) .

وقال تعالى : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴾ (١) وهذا البيع لم يفصل لنا تحريمه فهو حلال (٢) .

ويجوز عند الشيعة ابتياع جزء من معلوم بالنسبة كالنصف والثلث مشاعا سواء كانت أجزاؤه متساوية أو متفاوتة (٣).

وخلاصة ما سبق أن حكم بيع المشاع يختلف باختلاف مايترتب عليه من الضرر وعدمه ، فإن ترتب على بيعه ضرر كان فاسدا ، وإلا كان صحيحا ، ولا فرق فى الضرر بين أن يحصل للبائع نفسه أو لشريكه أو لغيرهما ويترتب على ذلك ما يأتى :

أولا : أنه يصح بيع حصة شائعة معلومة المقدار من عقار أو حيوان أو غيرهما سواء كان البيع للشريك أو لغيره .

ويصح بيع أحد الشريكين نصيبه فى الزرع دون الأرض ، أو الثمر دون الشجر بعد تمام نضج كل منهما ، سواء كان البيع للشريك أو لغيره .

ومثله بيع نصيبه فى البناء أو الشجر الذى فى الأرض المحتكرة ؛ لأنه لا ضرر على أحد فى شىء من ذلك .

وكذلك يصح للمزارع أو المساقى أن يبيع حصته فى الزرع أو الثمر لصاحب الأرض أو الشجر ، ويصح بيع المشاع فى البناء على أرض مغصوبة أو مستعارة

---

(١) سورة الأنعام من آية (١١٩) .

(٢) انظر المحلى لابن حزم : (٩ / ٨٣ ، ٨٥) .

(٣) انظر شرائع الإسلام للمحقق نجم الدين جعفربن الحسن : (٢ / ١٨) .

أو مستأجرة وقد انتهت المدة سواء كان البيع للشريك أو لغيره ، وكل هذه البيوع تقع نافذة [١].

ثانيا: إنه لا يصح بيع المشاع إذا كان فيه ضرر بالبائع أو المشترى أو غيرهما ويترتب على ذلك إنه لا يصح للمزارع أو المساقى أن يبيع نصيبه فى الزرع أو الثمر قبل نضجه لغير صاحب الأرض أو الشجر؛ لأن البائع يجب عليه عقب البيع قطع نصيبه فى الزرع والثمر وتسليمها للمشترى ليسلم الأرض والشجر لصاحبها ولا يمكن قطع نصيبه وحده ؛ لأنه مشاع فيضطر إلى قطع الكل وفى ذلك ضرر على صاحب الأرض والشجر ؛ لأنه حق مستحق البقاء حتى ينضج.

ولا يصح لصاحب الأرض أو الشجر أن يبيع نصيبه فى الزرع أو الثمر لمزارع أو المساقى قبل نضجها ؛ لأن البائع له تكليف المشترى بإخلاء الأرض أو الشجر مما اشتراه وذلك لا يكون إلا بقطعه ، ولكونه مشاعا لا يمكن قطعه وحده كما سبق ، وفى ذلك ضرر على المشترى ؛لأن نصيبه مستحق البقاء حتى ينضج[٢] .

ولا عبرة برضا البائع أو المشترى أو غيرهما بالضرر الذى يلحقه بسبب هذه

---

(١) انظر كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية للشيخ أحمد أبى الفتوح: (٢ / ٣٠٠) ، وكتاب المعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد إبراهيم :ص ٣١ .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٥ / ١٣٨ ، ١٣٩)واللباب :(٢ / ٢٢٨وما بعدها) وأسهل المدارك :(٢ / ٢٩٩ ، ٣٠٠) ،مغنى المحتاج : (٢ / ٨٨ ، ٨٩) ، منار السبيل : (١ / ٣١٧) والكتابين السابقين .

العقود ؛ لأن الضرر لا يثبت بالعقد أصلا ، وكل عقد اشتمل على ضرر بإنسان يكون فاسدا شرعا ويجب فسخه ، وعلى ذلك يجب فسخ هذه العقود.

وفى جميع الصور السابقة التى قيل فيها بعدم جواز البيع فى المشاع إذا لم يفسخ العقد حتى نضج الزرع والثمر ، انقلب العقد صحيحا ؛ لأن الفساد كان بسبب الضرر وقد زال[1] .

---

(١) انظر المراجع السابقة ، وكتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية وكتاب المعاملات الشرعية .

بيع المال الشائع فى القانون

فقد نصت المادة (٨٢٥) من التقنين المدنى على الآتى : « إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع ، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك »[١] .

وبهذا يملك كل شريك فى الشيوع حصته الشائعة ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها بجميع التصرفات الجائزة ، وقد نصت المادة (٨٢٦ / ١) من التقنين المدنى على ذلك : « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء »[٢] .

ومن هذه التصرفات التى ذكرتها المادة السابقة البيع ، فيصح بيع المال الشائع، ولكن يتخذ التصرف فى المال الشائع صوراً كثيرة متعددة ذكرها فقهاء القانون منها[٣] :

تارة يتصرف الشريك فى حصته كما هى شائعة ، فيبيعها مثلاً من شخص آخر شريك أو غير شريك ، وهذه الصورة لا تثير إشكالاً ، وهى الصورة الغالبة فى التصرف فى المال الشائع ، ويخلف المشترى البائع فى حصته الشائعة، وتصبح له جميع الحقوق التى للبائع ، ويدخل فى ذلك الحق فى طلب القسمة ، وما يترتب على الأثر الكاشف .

ولكن صاحب الحصة الشائعة المنقولة إذا باعها من أجنبى بطريق الممارسة ،

---

(١) كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ١٩٨ .

(٢) كود السابق : ص ١٩٩ .

(٣) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى : (٤ / ٢٩ - ٣٠٠) .

كان لشركائه فى هذا المنقول الشائع أن يستردوا الحصة المبيعة فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمهم بالبيع ، أو من تاريخ إعلانهم به .

وفى هذا ما نصت عليه المادة (٨٣٣)[١] من التقنين المدنى ، أما فى العقار فللشركاء الأخذ بالشفعة وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن[٢] .

وتارة يبيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع : فإذا باع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل قسمة هذا المال ، فإنه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك ، ما يملك : هو حصته فى الشيوع فى هذا الجزء المفرز ، وما لا يملك : هو حصص سائر الشركاء فى هذا الجزء .

قال الدكتور السنهورى : « ويجب لبيان الحكم فى هذا الفرض أن نميز بين حالتين : فإما أن يكون المشترى عالماً بأن البائع لا يملك الجزء المفرز الذى يبيعه وإنما يملك حصة فيه على الشيوع ، وإما أن يكون غير عالم بذلك ويعتقد بحسن نية أن البائع يملك دون شريك الحصة المفرزة التى باعها » .

ففى الحالة الأولى: « يكون المفروض أن المشترى قد اشترى من البائع الجزء المفرز أو مما يحل محله مما يقع فى نصيب البائع عند القسمة ، فإن وقع الجزء المفرز عند القسمة فى نصيب البائع فقد خلص للمشترى ، وإن لم يقع تحول

---

(١) ونص المادة : « للشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسة وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به ، ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشترى ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه » .

« وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته » .

(٢) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى للسنهورى : (٤ / ٣٠٠) .

حق المشترى بحكم الحلول العينى من الجزء المفرز المبيع إلى الجزء المفرز الذى وقع فعلاً فى نصيب البائع ، وهذا الحكم منصوص عليه صراحة فى التقنين المدنى الجديد فى الفقرة الثانية من المادة (٨٢٦) إذا تقول : « وإذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة »[1] .

ومن ثم لا يجوز للمشترى فى هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع حتى بالنسبة إلى حصص الشركاء الآخرين غير الشريك البائع باعتبار أن البيع الواقع على هذه الحصص هو بيع ملك الغير ، بل يجب أن يتربص حتى يرى هل يقع عند القسمة الجزء المفرز المبيع فى نصيب البائع ؟! فإن وقع فقد أصبح مالكاً خلفاً عن البائع ومنذ البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة وإلا فقد ملك الجزء المفرز الذى وقع فعلاً فى نصيب البائع بفضل الحلول العينى الذى نصت عليه المادة (٨٢٦ مدنى)[2] .

الحالة الثانية: « إذا كان المشترى يجهل أن البائع لا يملك إلا فى الشيوع ، فقد وقع فى غلط جوهرى متعلق بالعين المبيعة إذا كان يعتقد أنها مملوكة للبائع دون الشريك .

فيكون البيع فى حصة الشريك البائع بيعاً مشوباً بغلط جوهرى ، وفى حصص سائر الشركاء بيع ملك الغير ، ومن ثم يكون قابلاً للإبطال فى كل المبيع ، ويجوز للمشترى قبل القسمة طلب إبطال البيع لا فى حصص الشركاء

---

(١) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى : (٤ / ٣٠٠ ، ٣٠١) .
(٢) انظر السابق : (٤ / ٣٠١ - ٣٠٢) .

الآخرين فحسب ، بل أيضاً فى حصة الشريك البائع ، وهذا ما تنص عليه صراحة العبارة الأخير من الفقرة الثانية من المادة (٨٢٦ مدنى) إذ تقول : «وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق فى إبطال التصرف »[1] .

ولكن إذا حصلت القسمة قبل أن يطلب المشترى إبطال البيع ، فوقع الجزء المفرز المبيع فى نصيب البائع ، اعتبر أنه مالك له وقت البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة ، فخلصت ملكيته للمشترى ، وانقلب البيع صحيحاً ، فلم يعد للمشتري الحق فى طلب إبطال البيع ، فأولى أن ينقلب البيع فى الحالة التى نحن بصددها صحيحاً ، وقد اعتبر البائع مالكاً للمبيع وقت البيع ، أما إذا لم يقع الجزء المفرز المبيع فى نصيب البائع ، فإن المشترى يستبقى حقه فى طلب إبطال البيع ولا يجبر على أخذ الجزء المفرز الذى وقع فعلاً ، فى نصيب البائع ؛ لأن الحلول العينى وفقاً للمادة (٨٢٦ مدنى) لا يكون إلا حيث يعلم المشترى وقت البيع أن البائع لا يملك فى الجزء المفرز إلا حصته فى الشيوع[2] .

بيع الشريك كل المال الشائع :

« وإذا باع الشريك كل المال الشائع ، وكان المشترى وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده ، فإن البيع يكون قابلاً للإبطال فى حصة الشريك البائع للغلط الجوهرى وفى حصص سائر الشركاء ؛ لأن بيع الشريك لها هو بيع لملك الغير » .

« فإذا كان المشترى يعلم وقت البيع أن للبائع شركاء فى المال المبيع ولم

(١) انظر السابق : (٤ / ٣٠٢) ، وانظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ١٩٩ .

(٢) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٤ / ٣٠٢) .

يستطع البائع أن يستخلص ملكية كل هذا المال ، كان للمشترى الحق فى طلب فسخ البيع ، فإن وقع جزء مفرز من المال المبيع في نصيب البائع عند القسمة، كان للمشترى الحق إما فى أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن ، وإما فى فسخ البيع ؛ لتفرق الصفقة » .

« وإذا استطاع البائع استخلاص ملكية المبيع : كأن حصل على إقرار الشركاء للبيع ، أو اشترى حصصهم ، أو انتقلت إليه هذه الحصص بأى سبب آخر من أسباب انتقال الملكية ، لم يعد للمشترى الحق فى طلب فسخ البيع إذا انتقل إليه من البائع ملكية كل المال المبيع ولا تتفرق عليه الصفقة[1] .

أثر البيع فى حقوق باقى الشركاء :

« وسواء وقع البيع على جزء مفرز من المال الشائع أو على كل المال الشائع فإن الشركاء الآخرين - غير الشريك البائع - يعتبرون من الغير فى هذا البيع بالنسبة إلى حصصهم الشائعة فى الجزء المفرز ، أو حصصهم الشائعة فى كل المال الشائع ، وينفذ البيع فى حقهم بالنسبة إلى حصة الشريك الشائعة ، فيحل المشترى محل الشريك البائع فى هذه الحصة ، ويصبح شريكاً فى الشيوع مع سائر الشركاء »[2] .

« فليس لشريك من هؤلاء أن يتعرض للمشترى فى حصته الشائعة ، ولا أن يطلب إبطال البيع فى هذه الحصة ، ولا أن يدعى الاستحقاق فيها ، وإنما يستحق الشريك الجزء المفرز ، أو المال الشائع إذا وقع فى نصيبه عند القسمة بفضل الأثر الكاشف لها ، وعلى العكس من ذلك يخلص للمشترى الجزء

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٤ / ٣٠٣ - ٣٠٤) .
(٢) السابق : (٤ / ٣٠٤) .

المفرز أو المال الشائع إذا وقع فى نصيب البائع عند القسمة ، أو إذا أقر سائر الشركاء البيع قبل القسمة »[١] .

بيع التصفية :

إذا كان هناك شركاء على الشيوع فى مال شائع وأراد أحد الشركاء القسمة ولم يكن من الممكن قسمة المال عيناً ، بيع المال ؛ ليقتسم الشركاء الثمن بنسبة حصصهم ، وذلك ؛ لتصفية الشيوع ، ومن أجل هذا سمى هذا البيع بيع التصفية، وقد يشتريه أحد الشركاء فيدفع الثمن بعد استنزال نصيبه فيه بقدر حصته[٢] ، وهذا ما قررته المادة (٨٤١ من التقنين المدنى) .

وشروط بيع التصفية فى الفقه القانونى :

الشرط الأول: أن يكون هناك حق فى الشيوع كحق ملكية شائع ، أو حق انتفاع شائع ، فإذا ملك الشىء الواحد ، أو حق الانتفاع فيه عدة ملاك ، أو عدة منتفعين على الشيوع جاز بيع التصفية ، ولا عبرة بسبب الشيوع فقد يكون الميراث كما هو الغالب ، وقد يكون سبباً آخر كما إذا اشترى عدة أشخاص داراً على الشيوع فيما بينهم ، أو كان الشيوع سببه فى الأصل عقد شركة مدنية أو تجارية ، ويجب أن تكون حقوق المشتاعين من طبيعة واحدة ، كأن يكونوا شركاء في حق ملكية ، أو شركاء فى حق انتفاع[٣] .

الشرط الثانى: أن يكون المال الشائع لا يمكن قسمته عيناً بغير ضرر ، وتنص المادة (٨٤١) من التقنين المدنى فى هذا الصدد على أنه : « إذا لم

---

(١) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى : (٤ / ٣٠٤ - ٣٠٥) .

(٢) السابق : (٤ / ٣٠٥) .

(٣) انظر الوسيط فى شرح القانون للدكتور السنهورى : (٤ / ٣٠٦) .

تمكن القسمة عيناً أو كان من شأنها إحداث نقص كبير فى قيمة المال المراد قسمته بيع هذا المال بالطريق المبينة فى قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع »[1] .

« وتنص المادة (٧١٨) من تقنين المرافعات على أن : « العقار المملوك على الشيوع إذا أمرت المحكمة ببيعه ؛ لعدم إمكان القسمة بغير ضرر يجرى بطريق المزايدة ... » ، فإذا أمكنت قسمة المال عيناً دون ضرر لم يكن هناك محل لبيع التصفية ، بل يقسم المال أجزاء مفرزة طبقاً للإجراءات المقررة فى قسمة المال الشائع « أما إذا لم تمكن قسمة المال عيناً ؛ لأن طبيعته تستعصى على هذه القسمة كالسيارة والفرس ، أو أمكنت القسمة ولكن بضرر يعود على المال المقسوم إذا تنقص قيمته نقصاً كبيراً كالمصنع والمبنى جاز الالتجاء إلى بيع التصفية »[2] .

ومن خلال ما سبق نرى أن كلا من الفقه والقانون يجيزان بيع المال الشائع

---

(١) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ٢٠٣ .

(٢) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٤ / ٣٠٧)، وانظر المدخل الفقهى العام : (١ / ٢٦٥ - ٢٦٦) ، قال الأستاذ مصطفى الزرقا : « ..... ولكن فقهاؤنا لم يوجبوا البيع الجبرى لإزالة الشيوع عند اختلاف الشركاء ، بل ستمر بينهم شركة الملك ويتهايؤون ، ونرى أنه لا مانع من ذلك ؛ لأن فى هذا مصلحة ظاهرة بإزالة مشكلات شركة الملك ، كلما تولدت بأسبابها الطبيعية من إرث وغيره ، وإن هذه المصلحة لا يأباها الاستحسان الفقهى إن أباها القياس ،وقد اختار ابن تيمية : أن ما لا يقبل القسمة من عقار وغيره يباع ويجبر الممتنع على البيع ثم يقسم الثمن بين الشريكين ، وما قاله ابن تيمية يوافق ما جاء فى القانون ، وهو الصواب ؛ لأن فيه دفع الضرر عن الطرفين ببيع المقسوم بقيمته وجعل الثمن بين الشركاء ، انظر تيسير الفقه : (٣ / ١١٥٣ - ١١٥٥) .

ولكن الفقه قد ذكر صوراً كثيرة فمثلا فى الفقه يجوز بيع المشاع من العقار أو المنقول إذا كان جزءاً معلوماً للشريك أو لغيره ، ولكن لا يصح بيع المشاع إذا كان فيه ضرر بالبائع أو المشترى أو غيرهما بالتفصيل الذى سبق أن رأيناه .

والقانون قد ذكر ثلاث صور من بيع المشاع ، إما أن يبيع البائع فى الشيوع حصته فى المال الشائع ، أو أن يبيع حصة مفرزة من المال الشائع ، وإما أن يبيع كل المال الشائع كما رأينا .

وبالمقارنة نجد أن الفقهاء قد ذكروا صوراً كثيرة لبيع المال الشائع تستوعب مسائله ، فلا يصح للمزارع أو المساقى أن يبيع نصيبه فى الزرع أو الثمر قبل نضجها لغير صاحب الأرض أو الشجر ؛ للضرر الذى يقع على صاحب الأرض والشجر .

ولا يصح لصاحب الأرض أو الشجر أن يبيع نصيبه فى الزرع أو الثمر للمزارع أو المساقى قبل نضجها ؛ للضرر الذى يقع على المشترى .

والصور التى ذكرها فقهاء القانون : وهى إما أن يبيع حصته فى المال الشائع فهذه تتفق مع ما قاله الفقهاء ، ويصبح المشترى شريكاً فى المال الشائع ويحل محل البائع . وإما أن يبيع حصة مفرزة من المال الشائع فهذه أيضاً تجوز عند الفقهاء إذا كان يعلم المشترى أن الحصة مشتركة ويتفق القانون أيضاً مع الفقهاء فى ذلك على التفصيل الذى ذكر فى القانون وإما أن يبيع كل المال الشائع ففى الفقه يصح البيع فى نصيب البائع بقسطه إذا رضي المشترى ، وللمشترى الخيار بين الرد والإمساك إذا لم يكن عالماً بأن المبيع مشترك بينه وبين غيره ؛ لأن الشركة عيب ، فإن كان عالماً فلا خيار له ؛ لإقدامه على الشراء مع علمه بالشركة»[1].

---

(١) انظر كشاف القناع للبهوتى : (٣ / ١٦٨ وما بعدها) .

وقد اتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى ذلك[1] .

وفى حالة ملكية السفينة ملكية مشاعة وأراد أحد الملاك أن يبيع حصته فقد ذكر قانون التجارة البحرى فى المادة (٢٤) الآتى :

« إذا باع أحد المالكين حصته فى السفينة لأجنبى عن الشيوع ، وجب على المشترى إخطار المالكين الآخرين بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول بالبيع وبالثمن المتفق عليه » .

« ولكل مالك أن يسترد الحصة المبيعة بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشترى بشرط أن يدفع الثمن والمصاريف أو يعرضهما عرضاً حقيقياً وفقاً للقانون ، وأن يقيم الدعوى عند الاقتضاء وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإخطار المنصوص عليه فى الفقرة السابقة » .

« وإذا طلب الاسترداد أكثر من مالك قسمت الحصة المبيعة بينهم بنسبة حصصهم » ، وذكرت المادة (٢٦) من القانون السابق أنه : « لا يجوز بيع السفينة إلا بقرار يصدر بموافقة المالكين الحائزين لثلاثة أرباع الحصص على الأقل ويبين فى القرار كيفية حصول البيع وشروطه » .

« ويجوز لكل مالك فى حالة وقوع خلاف بين المالكين يتعذر معه استمرار الشيوع على وجه مفيد أن يطلب من المحكمة المختصة الحكم بإنهاء حالة الشيوع وبيع السفينة ويبين الحكم كيفية حصول البيع وشروطه » .

أما إذا وقع الحجز على السفينة فقد نصت المادة (٢٧) من القانون السابق على الآتى : « إذا وقع الحجز على حصص تمثل أكثر من نصف السفينة شمل

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٤ / ٣٠٣ - ٣٠٤) .

البيع الجبرى السفينة بأكملها ، ومع ذلك يجوز أن تأمر المحكمة بناء على طلب أحد المالكين الذين لم يحجز على حصصهم بقصر البيع على الحصص المحجور عليها إذا وجدت أسباباً جدية تبرر هذا الطلب » . ومن خلال ما سبق نرى أن الفقه والقانون يتفقان على صحة بيع المالك لحصته من المال الشائع ، وهذا ما قضت به المادة (٨٢٦ مدنى) على أن « لكل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها ، وأن يستولى على ثمارها ، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » ومن هذه التصرفات البيع فإنه يصح ، ومن هذا نرى أسبقية الفقه الإسلامى فى هذه المسألة للقانون الوضعى.

رابعاً: من شروط المبيع أن يكون مملوكاً للبائع :

« فإن لم يكن لا ينعقد ، وإن ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه إلا السلم خاصة ، وهذا بيع ما ليس عنده ونهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص فى السلم ،والمراد منه بيع ما ليس عنده ؛ لأن النبى ﷺ قال لحكيم : « لا تبع ما ليس عندك »[١] ؛ ولأن بيع ما ليس عنده بطريق الأصالة عن نفسه تمليك مالا يملكه بطريق الأصالة وأنه محال ، وهو الشرط فيما يبيعه بطريق الأصالة عن نفسه[٢] .

وأما ما يبيعه بطريق النيابة عن غيره ينظر إن كان البائع وكيلاً أو كفيلاً فيكون المبيع مملوكاً للبائع ليس بشرط وإن كان فضولياً فليس بشرط للانعقاد عند الحنفية والمالكية ، ولكنه شرط انعقاد عند الشافعية والحنابلة[٣] وفى رواية

---

(١) سنن الترمذى : (٣ / ٥٤٣) ، كتاب البيوع (١٩) ، باب ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عندك .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٥ / ١٤٦ - ١٤٧) ، حاشية ابن عابدين : (٤ / ٦) .

(٣) انظر الشرح الصغير للدرديرى : (٣ / ٣ - ٧) ، الخرشى على مختصر خليل :==

أخرى عند الحنابلة يصح ويقف على إجازة المالك .

وفي القانون: اشترط أن يكون الشيء المبيع مملوكاً للبائع ، قال الدكتور السنهوري : « لما كان البائع ينقل ملكية المبيع إلى المشترى ، فقد وجب أن يكون مالكاً له حتى ينقل ملكيته ؛ لأنه إذا لم يكن مالكاً لم يستطيع نقل الملكية ، وفاقد الشيء لا يعطيه »[1] .

أما بيع ملك الغير (بيع الفضولي) فقد اختلف فقهاء القانون في ذلك فهناك رأي يقول : إنه قابل للفسخ ، ورأي يرى : أن هذا البيع باطل بطلاناً مطلقاً، ورأي ثالث : يرى : أن بيع ملك الغير باطل بطلاناً نسبياً ، ورأي يرى: أنه موقوف مثلما قال به فقهاء الفقه الإسلامي .

قال الدكتور السنهوري : « بيع ملك الغير قابل للإبطال بموجب نص خاص في القانون أنشأ البطلان ؛ ولذلك لا نرى بدأ من القول بأن بيع ملك الغير ليس بعقد باطل ، ولا بعقد موقوف بل هو قابل للإبطال كما يقطع به صريح النص في المادة (٤٦٦ / ١) من التقنين المدني »[2] .

ونصت المادة (٤٦٦ / ١) : « إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع ... » وقالت الفقرة الثانية : «وفي

= = (٥ / ١٨) ، أسهل المدارك للكشناوي : (٢ / ٢٧٣) ، المجموع للنووي :(٩ / ٣١٢ - ٣١٥) ، مغني المحتاج للخطيب الشربيني : (٢ / ١٥) ، نهاية المحتاج للرملي : (٣ / ٤٠٢) ، كفاية الأخيار : (١ / ١٤٩) ، المقنع في فقه أحمد لابن قدامة : (٢ / ٧) ، كشاف القناع : (٣ / ١٥٧) ، منار السبيل : (٣ / ١٥٧) ، الروض المربع : ص ٢٣٥ - ٢٣٦ .

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهوري : (٤ / ٢٦٨) .

(٢) السابق : (٤ / ٢٦٨ - ٢٨٢) .

كل حال لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد» ، ونصت المادة (٤٦٧ / ١ - ٢) على الآتى : « إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحاً فى حق المشرى ، وكذلك ينقلب صحيحاً فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد » .

ويمكن التوفيق بين ما قاله الفقهاء الإسلاميون وفقهاء القانون بأنه موقوف فإذا أجيز كان نافذاً ، وإذا لم يجز كان باطلاً أو قابلاً للإبطال .

الثمن

الثمن: ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلق بالذمة[1] .

والثمن المسمى : هو الثمن الذى يسميه ويعينه العاقدان وقت البيع بالتراضى، سواء كان مطابقاً لقيمته الحقيقية ، أو ناقصاً عنها ،أو زائداً عليها»[2].

« فالثمن : هو ما يبذله المشترى من عوض للحصول على المبيع ، والثمن أحد جزئى المعقود عليه - وهو الثمن والمثمن · وهما من مقومات عقد البيع ، ولذا ذهب الجمهور إلى أن هلاك الثمن المعين قبل القبض ينفسخ به البيع فى الجملة »[3] .

ويشترط فى الثمن:

أن يكون معلوماً مثل المبيع علماً يمنع من المنازعة : فإن كان مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع ، وإن كان مجهولاً جهالة لا تفضى إلى المنازعة لا يفسد ؛ لأن الجهالة إذا كانت مفضية إلى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع ، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة لا تمنع من ذلك فيحصل المقصود [4].

---

(١) انظر كتاب شرح مجلة الأحكام العدلية والمجلة (١ / ٦٣) ، مادة (١٥٢.) .

(٢) انظر السابق : (١ / ٦٣ - ٦٤) ، مادة (١٥٣) .

(٣) انظر الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت :(٦ / ٢٦) .

(٤) انظر بدائع الصنائع : (٥ / ١٥٦ - ١٥٧) ، حاشية ابن عابدين : (٤ / ٦) ، أسهل المدارك : (٢ / ٢٦٥ - ٢٦٦) ، القوانين الفقهية : (٢٢٠ - ٢٢١) ، المهذب : (١ / ٢٨٨ - ٢٨٩) ، المجموع : (٩ / ٣٩٨ - ٤٠٤) ، الكافى==

وأن يكون معلوم الصفة المقدار .

وأيضاً يشترط فى الثمن : أن يكون معلوم المقدار ، فلا يجوز البيع إذا جهل مقدار الثمن كقول البائع للمشترى : بعتك سلعتى هذه بسعر اليوم ، وأما بما يبيع الناس ، أو بما يقول فلان[١] .

وأن يكون الثمن مملوكاً للمشترى مثل المبيع[٢] .

واشترط القانون فى الثمن ثلاثة شروط :

أولاً : يجب أن يكون الثمن نقوداً : قال الدكتور السنهورى : ويتميز البيع عن المقايضة بأن أحد المحلين المتبادلين فى البيع يجب أن يكون نقوداً وهو الثمن، فإذا كان الثمن غير نقود فالعقد مقايضة »[٣] .

وهذا يختلف عن الفقه الإسلامى فقد يكون الثمن فى الفقه نقوداً أو غير نقود فله صور أربعة (مطلق - مقايضة - سلم - صرف) كما بينا .

ثانياً : أن يكون الثمن مقداراً أو قابلاً للتقدير[٤] ، وهناك أسس يقوم عليها التقدير :

= = فى فقه أحمد لابن قدامة : (٢ / ١٧) ، الشرح الكبير على متن المقنع : (٤ / ١٠٠) ، كشاف القناع : (٣ / ١٥٧ - ١٥٨) ، الروض المربع : (٢٣٧ - ٢٣٨).

(١) انظر المراجع السابقة بصفحاتها .

(٢) المراجع السابقة بصفحاتها .

(٣) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى : (٤ / ٣٦٤) ، عقد البيع للدكتور سليمان مرقص : (١ / ١٦٧) .

(٤) انظر السابق : (٤ / ٣٦٧ - ٣٧١) ، عقد البيع للدكتور سليمان مرقص : (١ / ١٦٧) .

أن يكون أساس تقدير الثمن هو الثمن الذى اشترى به البائع المبيع ، أو يكون الأساس هو سعر السوق ، أو أن يكون الأساس هو السعر المتداول فى التجارة ، أو السعر الذى جرى عليه التعامل بين المتبايعين ، أو أن يترك التقدير لأجنبى يتفق عليه المتعاقدان ، والأساس الأول الذى يقوم عليه التقدير يقابل فى الفقه الإسلامى بيوع الأمانات (المرابحة - الوضعية - التولية - الإشراك)[1] وإذا كتم البائع المشترى شيئاً من الثمن جاز للمشترى إبطال البيع؛ للتدليس ، وأما الأسس الأخرى فهى فى نظر الفقه الإسلامى جهالة تفضى إلى المنازعة فتفسد البيع ، فلا يجوز البيع إذا جهل الثمن ، كقول البائع : بعتك سلعتى هذه بسعر اليوم ، أو بما يبيع الناس ، أو بما يقول فلان[2] .

فالأصل فى هذا الشرط وهو أن يكون الثمن معلوماً مقدراً متفق عليه بين الفقه والقانون ، أما كون الثمن قابلاً للتقدير فأرى أنه لا مانع من الصور التى ذكرها فقهاء القانون من أنها صالحة لتقدير الثمن ، مادامت الأسس التى يقوم عليها تقديره متفقاً عليها من الطرفين ، وكثير من هذه الصور يجرى بها التعامل الآن .

وقد نصت المادة (٤٢٣ / ١ مدنى) على ذلك بقولها : « يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد » .

---

(١) المرابحة : بيع بمثل الثمن الأول الذى اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم ، التولية: بيع بمثل الثمن الأول دون زيادة أو نقص ، الإشراك : إذا أخذ جزءاً منها بما يقابله من الثمن ، الوضعية : بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه ، انظر حاشية ابن عابدين : (٤ / ٣) الشرح الكبير على متن المقنع : (٤ / ١٠٠) ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ .

(٢) انظر أسهل المدارك : (٢ / ٢٦٥) .

ثالثاً: من شروط الثمن أن يكون جدياً : ولا يكون جدياً إذا كان تافهاً أو كان صورياً ، والثمن التافة : هو مبلغ من النقود يصل من التفاهة فى عدم تناسبه مع قيمة المبيع إلى حد يبعث على الاعتقاد بأن البائع لم يتعاقد للحصول على مثل هذا المقدار وإن كان قد حصل عليه فعلاً وهو لا يتم به البيع مثل الثمن الصورى[1] .

« والثمن الصورى : هو مالا يقصد البائع أن يتقاضاه من المشترى ، بل ذكر مبلغاً من النقود ؛ ليكون ثمناً حتى يسلم للبيع مظهره الخارجى ، ومتى يثبت أن الثمن صورى فإن العقد لا يكون بيعاً ، وكما لا يتم البيع بالثمن التافه لا يتم بالثمن الصورى »[2] .

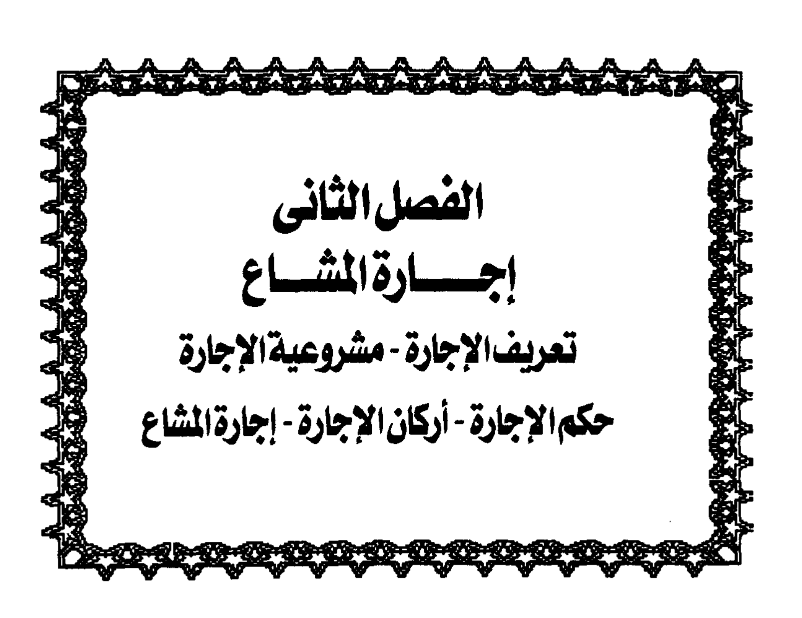
ولكن ليس من الضرورى ؛ ليكون الثمن جدياً ألا يكون ثمناً بخساً ، فقد يكون بخساً يدخله الغبن الفاحش ومع ذلك يكون جدياً ، وآية أن الثمن جدى أن يكون البائع قد أبرم العقد بقصد الحصول عليه مهما كان بخساً وقد رضى بالثمن البخس مضطراً ؛ لحاجة ملحة ، أو جهلاً لقيمة المبيع أو لغير ذلك من الأسباب فيصح البيع ، وإن جاز الطعن فيه بالغبن »[3] .

ولا مانع عند الفقهاء من اشتراط أن يكون الثمن جدياً أى غير تافه ، وأيضاً الثمن الصورى لا مانع منه إذا كانت نية البائع أن يعطى المشترى المبيع بأى ثمن كأنه يهبه هذا المبيع ، وذلك كما قال فقهاء القانون .

قال الدكتور خميس خضر : « إذا ثبت أن الثمن صورى كان العقد هبة لا بيعاً »[4] .

---

(١) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى : (٤ / ٣٨٥) .
(٢) انظر السابق : (٤ / ٣٨٤) .
(٣) انظر السابق : (٤ / ٣٨٣ - ٣٨٤) .
(٤) انظر العقود المدنية الكبيرة للدكتور خميس خضر : ص ١٨ .

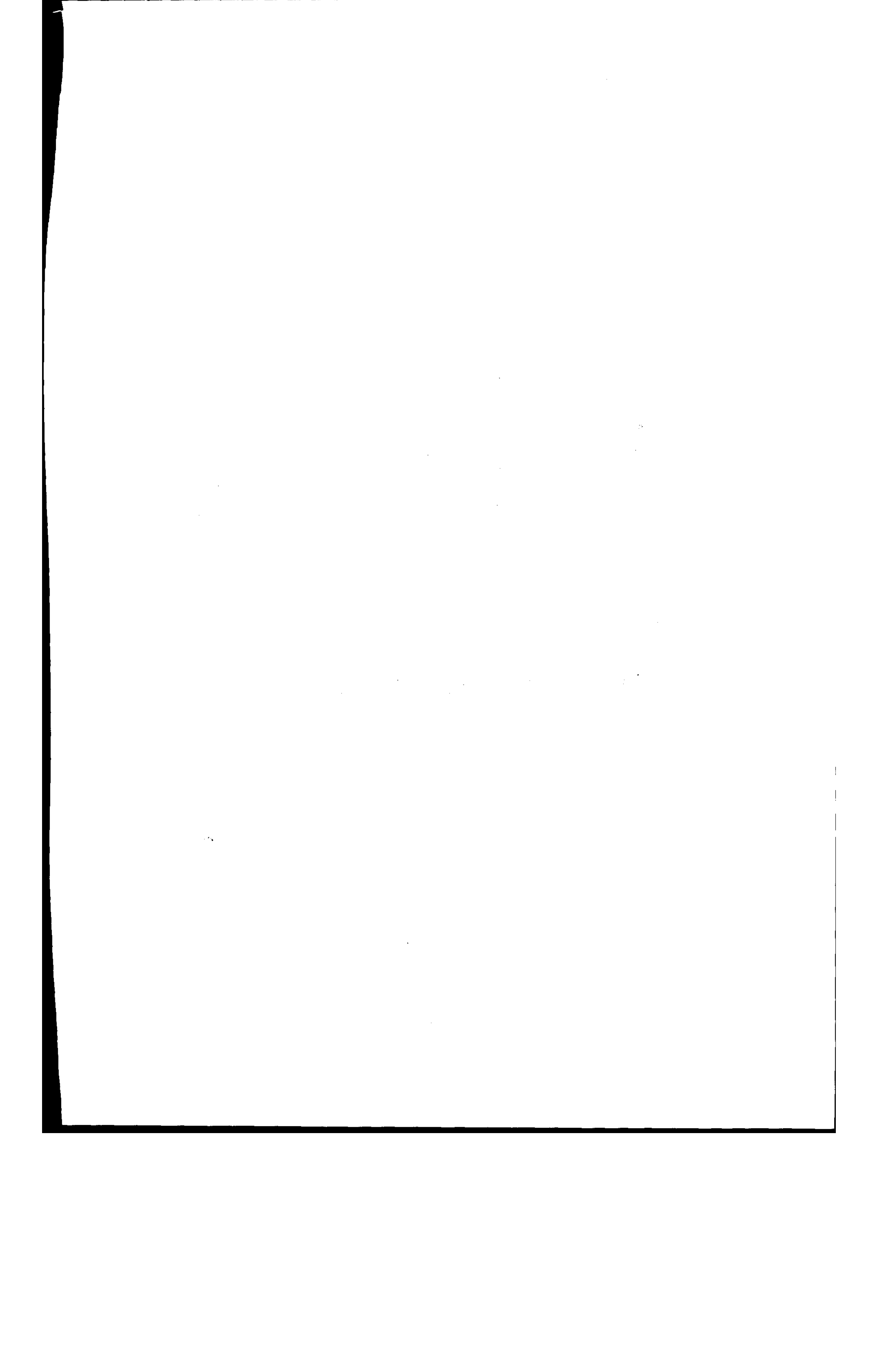


الفصل الثانى

إجـــارة المشـــاع

تعريف الإجارة - مشروعية الإجارة

حكم الإجارة - أركان الإجارة - إجارة المشاع



تعريف الإجارة

تعريفها لغة:

الإجارة : من أَجَرَ يأجر ، وهو ما أعطيت من أجْر فى عمل .

والأجْرُ : الثواب[1] وآجره إيجاراً أعطاه الأجر .

ويقال آجره الله : أثابه . وآجر الدار : أكراها[2] .

فالإجارة لغة الإثابة ، وهى بيع المنفعة[3] .

وشرعاً: عرفها الحنفية بأنها عقد على المنافع بعوض .

وقالوا : القياس يأبى جوازها ؛ لأن المعقود عليه المنفعة وهى معدومة ، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح إلا أنهم جوزوه؛ لحاجة الناس إليه[4] .

وقال الحصكفى : هى تمليك نفع مقصود من العين بعوض[5] .

وقال المالكية : الإجارة : هى تمليك منافع شىء مباحة مدة معلومة بعوض[6] غير أنهم سموا العقد على منافع الآدمى وما ينقل غير السفن والحيوان إجارة ، والعقد على منافع ما لا ينقل كالأرض والدور وما ينقل من سفينة وحيوان كالرواحل كراء[7] .

---

(١) لسان العرب : لابن منظور (١ / ٣١) مادة أجر .
(٢) المعجم الكبير : مجمع اللغة العربية (١ / ١٠٩) مادة أجر .
(٣) انظر تكملة فتح القدير لأحمد بن قودر : (٩ / ٥٨) .
(٤) السابق : (٩ / ٥٨) .
(٥) انظر الدر المختار للحصكفى : (٥ / ١) ، وانظر الأشباه والنظائر لابن نجيم : ص٢٦٩ .
(٦) انظر الشرح الكبير للدرديرى : (٤ / ٢) .
(٧) السابق : (٤ / ٢) ، والشرح الصغير له أيضاً : (٣ / ٢٩٨) .

وعرف الشافعية الإيجار فقالوا : هو عقد على منفعة مقصودة معلومة مباحة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم ، ومحترزات قيود التعريف هى : أنه خرج بقولهم « منفعة » ، العين ، فالعقد عليها بيع أو هبة ، وبقولهم « مقصودة » المنفعة التافهة ، وبقولهم « معلومة » المضاربة والجعالة على عمل مجهول ، وقولهم « قابلة للبذل والإباحة » لإخراج منفعة البضع فإن العقد عليها لا يسمى إجارة ، والقيد الأخير « بعوض » لإخراج هبة المنافع والوصية بها والإعارة[١] .

وعرفها الحنابلة والشيعة بنفس التعريفات السابقة أو قريباً منها ، وكلها تدور حول العقد على منفعة معلومة مدة معلومة بعوض معلوم[٢] .

وقد عرف القانون بمثل ما عرفه الفقهاء ، فقد نصت المادة (٥٥٨ مدنى) على تعريف عقد الإيجار على النحو التالى : « الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشىء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم» .

وبهذا يتفق القانون مع الفقه فى تعريف الإجارة وقد أشارت المذكرة التفسيرية إلى هذا الاتفاق بين الفقه والقانون[٣] .

---

(١) انظر المغنى المحتاج : (٢ / ٣٣٢) .

(٢) المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد للبهوتى : (٢ / ٤٢٢) ، وكشاف القناع : (٣ / ٥٤٦) ، شرائع الإسلام : (٢ / ١٧٩) ، عقود المعاوضات لأستاذنا الدكتور أحمد يوسف : ص ٢٣٧ .

(٣) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية : (٤ / ٤٦٩) .

مشروعية الإجارة:

قال الكاسانى : الإجارة جائزة عند عامة الفقهاء ، وقال أبو بكر الأصم[١]، وابن علية لا تجوز[٢] .

والقياس ما قالاه ؛ لأن الإجارة بيع المنفعة ، والمنافع للحال معدومة ، والمعدوم لا يحتمل البيع ، فلا يجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ فى المستقبل ، كإضافة البيع إلى أعيان تؤخذ فى المستقبل ، فإذن لا سبيل إلى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المآل فلا جواز لها رأساً لكنا استحسنا الجواز بالكتاب والسنة والإجماع[٣] .

وحجة ابن علية ومن معه فى أن الإجارة لا تجوز ؛ لأنها أكل مال بالباطل، وأن المعاوضات إنما يستحق فيها الثمن بتسليم العين كالحال فى الأعيان المحسوسة ، والمنافع فى الإجارات فى وقت العقد معدومة ، فكان ذلك غرراً ومن بيع ما لم يخلق[٤] .

---

(١) عبد الرحمن بن الأصم : عبد الرحمن بن عبد الله ، وقيل : عبد الرحمن بن عمرو الأصم الثقفى من أهل البصرة ، وكان محدثاً ثقة من الطبقة الثالثة ، تاريخ بغداد للخطيب البغدادى : (١٠ / ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧) ، تقريب التهذيب لابن حجر: (١ / ٤٧٣) .

(٢) إسماعيل ابن علية : ولد سنة ١١٠ هـ وتوفى ببغداد سنة ١٩٣ هـ ، الفهرست لابن النديم : ص ٣١٧ .
إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم الأسدى بالولاء ، البصرى ، من أكابر حفاظ الحديث، كان حجة فى الحديث ثقة مأموناً ، ولى صدقات البصرة ، ثم المظالم ببغداد ولد سنة ١١٠ هـ وتوفى ببغداد سنة ١٩٣ هـ ، وكان يكره أن يقال له : ابن علية وهى أمه .
الفهرست لابن النديم : ص ٣١٧ ، الأعلام للزركلى : (١ / ٣٠٧) .

(٣) انظر بدائع الصنائع للكاسانى : (٤ / ١٧٣) .

(٤) انظر بداية المجتهد لابن رشد : (٢ / ٢٢٠) ، المحلى لابن حزم : (٨ / ١٨٢) مسألة ١٢٨٥ .

قال ابن رشد : ونحن نقول : إنها وإن كانت معدومة فى حال العقد فهى مستوفاة فى الغالب ، والشرع إنما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى فى الغالب ، أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه سواء[1] .

وقال الشيخ المطيعى : « ولو تحقق ما يتصوره الأصم صواباً لتعطلت الصنائع والمساكن والمتاجر والمواصلات بكل أنواعها ؛ لأنها كلها - وهى تستغرق مظاهر الحياة قديماً وحديثاً - قائمة على المؤجرات ، والمعاوضات على المنافع كالمعاوضات على الأعيان سواء بسواء ، بل إن المعاوضات على المنافع أوسع مدى وأكثر عدداً وأشمل مرفقا ؛ ولأن المنافع المتاحة أوسع آفاقاً من الأعيان والعروض »[2] .

وقال الأستاذ الكتانى : وقد شذ إبراهيم فى قوله هذا وخالف جمهور العلماء فى القول بإباحتها ، وخالف الصحيح من السنة فى القول والعمل[3].

والدليل على مشروعيتها : الكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الأَمِينُ * قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾[4] أى على أن تكون أجيراً لى ، أو على أن تجعل عوضى من إنكاحى إحدى ابنتى إياك رعى غنمى ثمانى حجج ، « وما قص الله علينا من شرائع من قبلنا من غير نسخ يصير شريعة لنا مبتدأة ، ويلزمنا على أنه

(١) انظر بداية المجتهد : (٢ / ٢٢٠) .

(٢) انظر تكملة كتاب المجموع شرح المهذب للمطيعى : (١٥ / ٢٥٣) .

(٣) انظر معجم فقه السلف للأستاذ محمد المنتصر الكتانى : (٦ / ٥) .

(٤) سورة القصص من الآيتين : (٢٥ - ٢٦) .

شريعتنا ، لا على أنه شريعة من قبلنا »[1] .

وقوله تعالى : ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾[2] ، والإجارة ابتغاء الفضل ، وقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[3] .

وأما السنة: فقوله ﷺ : « لا يستام الرجل على سوم أخيه ، ولا ينكح على خطبته ، ولا تناجشوا ، ولا تبيعوا بإلقاء الحجر ، ومن استأجر أجيراً فليعلمه أجره »[4] .

وهذا تعليم منه ﷺ شرط جواز الإجارة ، وهو إعلام الأجر فيدل على الجواز :

وقوله ﷺ : « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه »[5] فدل على جواز الإجارة ، وقوله ﷺ : « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، ومن كنت خصمه

---

(١) انظر الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم : (١ / ١٤٩) ، والإحكام للآمدى : (٤ / ١٨٧) ، واللمع للشيرازى : ص ٣٥ ، والوجيز فى أصول الفقه للكراماستى: ص ٥٨ ، أصول الفقه للزحيلى : (٢ / ٨٣٧) ، علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف : ص ٩٣ ، أصول الفقه للشيخ محمد أبى زهرة : ص٢٨٥ ، وقد سبق الكلام فى الخلاف فى هذه المسألة .

(٢) سورة الجمعة : من آية (١٠) .

(٣) سورة الطلاق : من آية (٦) .

(٤) انظر نصب الراية للزيلعى : (٤ / ١٣١) ، كتاب الإجارات وأخرج الشطر الأخير من الحديث ، وأخرجه أبو داود فى كتاب المراسيل كتاب الإجارة ص ٢٤٢ ، وانظر سبل السلام : (٣ / ٨١) .

(٥) سنن ابن ماجه : (٢ / ٨١٧) كتاب الرهون باب أجر الأجراء ، قال البوصيرى : إسناده ضعيف لكن أصله فى صحيح البخارى ، مصباح الزجاجة : (٢ / ٢٥٩) .

خصمته : رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حرا فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره »[١] .

والأحاديث السابقة تدل على جواز الإجارة .

وأما الإجماع: فقد انعقد على مشروعيتها ، قال الكاسانى : « إن الأمة أجمعت على ذلك حيث يعقد عقد الإجارة من زمن الصحابة - رضى الله عنهم - إلى يومنا هذا من غير نكير ؛ لأن الله تعالى شرع العقود لحوائج العباد، وحاجتهم إلى الإجارة ماسة ؛ لأن كل واحد لا يكون له دار مملوكة يسكنها ، أو أرض مملوكة يزرعها ، أو دابة مملوكة يركبها ، وقد لا يمكنه تملكها بالشراء لعدم الثمن ، ولا بالهبة والإعارة ؛ لأن نفس كل واحد لا تسمح بذلك ، فيحتاج إلى الإجارة فجوزت بخلاف القياس لحاجة الناس ، فلو لم تشرع الإجارة مع امتساس الحاجة إليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلاً ، وهذا خلاف موضوع الشرع »[٢] .

إذن الإجارة جائزة ؛ لأن فيها مصلحة للناس ؛ ولأن ذلك من مقاصد الشريعة ؛ ولأن الحاجة إلي المنافع إلى الأعيان .

وقد نظم القانون المدنى المصرى عقد الإيجار فى المواد من (٥٥٨ مدنى إلى ٦١٨) .

---

(١) صحيح البخارى مع فتح البارى : (٤ / ٥٢٣) ، كتاب الإجارة باب إثم من منع الأجير .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ١٧٤) ، وانظر المغنى : (٦ / ٢) ، الفواكه الدوانى: (٢ / ١٥٨)، ومغنى المحتاج : (٢ / ٣٣٢) ، وبداية المجتهد : (٢ / ٢٢٠) .

حكم الإجارة:

الإجارة عقد لازم[1] إلا أنه يجوز فسخه بعذر عند الحنفية ، وقالوا : إن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر ؛ لأنه لزم العقد تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد ، والعذر هو ما يكون عارضاً يتضرر به العاقد مع بقاء العقد ، ولا يندفع بدون الفسخ .

وقد يكون العذر من جانب المؤجر إذا لحق بالمؤجر دين ، ولا دين ، ولا وفاء لهذا الدين إلا من ثمنها ، فله فسخها إذا ثبت الدين قبل عقد الإجارة بالبينة أو بالإقرار ، أو ثبت بالبينة بعد عقد الإجارة .

وقد يكون العذر من جانب المستأجر ، نحو أن يفلس فيقوم من السوق ، أو يريد سفراً ، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة ، أو من الزراعة إلى التجارة ؛ لأن المفلس لا ينتفع بالحانوت ، فكان فى إبقاء العقد من غير استيفاد المنفعة إضرار به ضرراً لم يلتزمه العقد ، فلا يجبر على عمله ، وإذا عزم على السفر ففى ترك السفر مع العزم عليه ضرر به ، وفى إبقاء العقد مع خروجه إلى السفر ضرر به ؛ لما فيه لزوم الأجرة من غير استيفاء المنفعة .

وقد يكون العذر راجعاً للعين المؤجرة ، مثل أن يستأجر حماماً فى قرية ليستغله مدة معلومة ثم يهاجر أهل القرية فلا يجب عليه الأجر للمؤجر .

ويترتب على ذلك عند الحنفية أن عقد الإجارة ينفسخ بموت أحد المتعاقدين؛ لأن الانتقال من المورث إلى المورث لا يتصور فى المنفعة والأجرة المملوكة ؛ لأن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع ، فلو قلنا بالانتقال كان ذلك

---

(١) قال ابن رشد : « ذهب الجمهور إلى أنه عقد لازم ، وحكى عن قوم أنه عقد جائز تشبيها بالجعل والشركة » ، بداية المجتهد : (٢ / ٣٤٤) .

قولاً بانتقال ما لم يملك المورث إلى الوارث[١] . وينفسخ أيضاً عند ابن حزم بموت أحد المتعاقدين[٢] .

وذهب مالك والشافعى وسفيان الثورى[٣] وأبو ثور[٤] وغيرهم إلى أنها لا تنفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها كالبيع ، فإن كان العيب موجوداً فى الشىء المؤجر كالدار إذا خربت والدابة إذا مرضت فللمستأجر أن يفسخ دون المؤجر ، وإن كان العيب موجوداً فى الأجرة فإن كان فى الذمة أبدل المعيب بغيره ولا خيار ، وإن كانت معينة فللمؤجر أن يفسخ دون المستأجر ، كما يفسخ البائع بوجود العيب فى الثمن المعين دون المشترى ، وتنفسخ بذهاب محل استيفاء المنفعة ؛ لقوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾[٥] ؛ ولأن الكراء عقد على منافع فأشبه النكاح ؛ ولأنه عقد على معاوضة فلم ينفسخ ، وأصله البيع[٦].

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ١٩٧ - ١٩٨ - ٢٠٠) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ص ٢٦٩ ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٤ / ٧٥٧) ، تكملة فتح القدير وشرح العناية على الهداية وحاشية سعدى جلبى (٩ / ١٤٥) .

(٢) المحلى : (٨ / ١٨٤) .

(٣) سفيان بن سعيد بن مسروق الثورى أمير المؤمنين فى الحديث ولد سنة ٩٧ هـ فى الكوفة وتوفى سنة ١٩١ هـ وهو أحد الأئمة المجتهدين الذين كانت لهم أتباع ، الأعلام : (٣ / ١٠٤ - ١٠٥) .

(٤) إبراهيم بن خالد بن أبى اليمان الكلبى البغدادى أبو ثور فقيه معدود من فقهاء الشافعية وإن كان لا يقلد الشافعى بل يخالفه متى ظهر له الدليل توفى سنة ٢٤٠هـ ، انظر الأعلام للزركلى : (١ / ٣٧) ، تاريخ التشريع الإسلامى للشيخ محمد الخضرى : ص ٢٥٥ .

(٥) سورة المائدة : من آية (١) .

(٦) انظر بداية المجتهد : (٢ / ٤٤٣) ، تكملة المجموع للمطيعى : (١٥ / ٢٥٧) ، المغنى لابن قدامة : (٦ / ٤٢) ، منار السبيل : (١ / ٤٥٩) .

وأصل حكم الإجارة الصحيحة:هو ثبوت الملك فى المنفعة للمستأجر وثبوت الملك فى الأجرة المسماة للمؤجر ؛ لأنها عقد معاوضة ، فيقتضى ثبوت الملك فى العوضين[١] .

وقد اتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى أن الإجارة عقد لازم ؛ لأنه يولد على عاتق المؤجر التزامات تقابلها التزامات أخرى تنشأ منه فى جانب المستأجر، ويترتب على كون الإيجار عقداً ملزماً للجانبين ، أنه إذا انقضى التزام أحد الطرفين سقط الالتزام المقابل ، وإذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه جاز للطرف الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، أو أن يطلب فسخ العقد[٢] .

يختلف القانون مع قول الحنفية وابن حزم فى أن عقد الإيجار ينفسخ بموت أحد العاقدين ، فقد نصت المادة (٦٠١ مدنى) على الآتى :

« ١ - لا ينتهى الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر .

٢ - ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها ، أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم ، وفى هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء فى المادة ٥٦٣ ، أن يكون طلب إنهاء العقد فى مدة ستة أشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر » .

وأيضاً يتفق القانون مع المذهب الحنفى فى فسخ عقد الإيجار بالعذر ، ويتفق مع الجمهور فى أنه ينفسخ بالعيب ، أو بذهاب محل الاستيفاء ، فقد نصت المادة (٥٦٩ مدنى) على الآتى :

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ٢٠١) .

(٢) انظر العقود المدنية الكبيرة للدكتور خميس خضر : ص ٦٢٧ - ٦٢٨ .

« ١ - إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكاً كلياً انفسخ العقد من تلقاء نفسه .

٢ - أما إذا كان هلاك العين جزئياً ، أو إذا أصبحت العين فى حالة لا تصلح معها للانتفاع الذى أجرت من أجله ، أو نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً ولم يكن للمستأجر يد فى شىء من ذلك فيجوز له إذا لم يقم المؤجر فى ميعاد مناسب بإعادة العين إلى الحالة التى كانت عليها أن يطلب تبعاً للظروف إما إنقاص الأجرة أو فسخ الإيجار ذاته دون إخلال بماله من حق فى أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزام المؤجر وفقاً لأحكام المادة (٥٦٨) »[1].

وأيضاً يمكن فسخ العقد بالعيب فقد نصت المادة (٥٧٧) على الآتى :

« ١ - إذا وجد بالعين المؤجر عيب يتحقق معه الضمان ، جاز للمستأجر تبعاً للظروف أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة ، وله كذلك أن يطلب إصلاح العيب أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر إذا كان هذا الإصلاح لا يبهظ المؤجر .

٢ - فإذا لحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه ما لم يثبت أنه كان يجهل وجود العيب »[2] .

فالقانون يجيز للمستأجر الفسخ إذا كان هناك عيب ، أو استحال له الانتفاع بالعين المؤجرة ، أو إذا لم يقم المؤجر بالالتزامات المنوطة به ، أو إذا هلكت العين المؤجرة ، أو عند وجود عذر كما قال الحنفية .

---

(١) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ ، ص ١٢٨ - ١٢٩ .

(٢) انظر السابق : (مادة ٥٧٧) : ص ١٣٢ .

أركان الإجارة:

أركان الإجارة عند جمهور الفقهاء هى : الصيغة (الإيجاب والقبول) ، والعاقدان (المؤجر والمستأجر) ، والمحل (الشيء موضوع التعاقد) ، والأجرة والركن عند الحنفية هو الصيغة وحدها ، ولما كانت الصيغة تستلزم وجود العاقدين ، والمحل والأجرة ضرورة ، فإن الخلاف بين الجمهور والحنفية خلاف نظرى لا يترتب عليه نتائج فى العمل[١] .

العاقدان:

أما الذى يرجع إلى العاقد عند الحنفية والمالكية فالعقل ، وهو أن يكون العاقد عاقلاً حتى لا تنعقد الإجارة من المجنون والمعتوه والصبى الذى لا يعقل كما لا ينعقد البيع منهما ، وأما البلوغ فليس من شرائط الانعقاد ولا من شرائط النفاذ ، فلو أجر الصبى المميز ماله أو نفسه فإن كان مأذوناً فى ذلك وغيره ينفذ عقده ، وإن كان محجوراً عن التصرفات يقف على إجازة وليه ، وكذلك حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد هذا العقد ولا لنفاذه ، فينفذ عقد المملوك إن كان مأذوناً ، ويقف على إجازة مولاه إن كان محجوراً [٢] .

إذن فعقد الصبى المميز والعبد على سلعهما ، أو على أنفسهما صحيح غير لازم ، فلوليهما فسخه أو إمضاؤه .

وكذلك السفيه يكون لوليه الإجازة أو الفسخ ، إلا أن يكون عقد السفيه على نفسه فلا كلام لوليه ؛لأنه لا حجر عليه فى نفسه،إلا أن يكون فى إجارته

---

(١) انظر المدخل لدراسة الفقه الإسلامى للدكتور حسين حامد : ص ٢٣٩ .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ١٧٦ - ١٧٧) ، الفواكه الدوانى : (٢ / ١٥٨) ، الشرح الصغير للدرديرى : (٣ / ٢٩٨) ، الشرح الكبير للدرديرى : (٤ / ٣) .

نفسه محاباة ، وللمكره إكراهاً حراماً بعد زوال الإكراه الإجازة أو الفسخ .

أما عند الشافعية والحنابلة : فلا تصح الإجارة إلا من جائز التصرف ؛ لأنها عقد معاوضة كالبيع ، فيشترط التكليف وهو البلوغ ، والعقل ، فلا يصح إيجار الصبى المميز والمجنون والسفيه ، وكذلك يشترط الاختيار فلا تصح من المكره[١] .

ونحن نميل إلى ما ذهب إليه الحنفية والمالكية من أن عقد المميز موقوف النفاذ على إجازة وليه ؛ لأنه إذا لم يقره الولى لا يؤجر ، وهذا ما أخذ به القانون .

قال الدكتور السنهورى : « أما الإيجار إذا صدر من الصبى المميز يكون فى الأصل قابلاً للإبطال لمصلحته ، ولكن الصبى المميز قد تتوافر فيه أهلية إدارة محدودة وفى حدود هذه الأهلية يكون الإيجار الصادر منه صحيحاً »[٢] .

فنصت المادة (١١١ / ١ مدنى) على الآتى : « إذا كان الصبى مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً ، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً » . فالتبرعات وهى ضارة ضرراً محضاً لا يعقدها الصبى المميز.

وفى المادة (١١١ / ٢ مدنى) : « أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه ، أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون » .

والعقود الدائرة بين النفع والضرر هى عقود المعاوضات ومنها الإجارة فلو

---

(١) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ٣٣٢) ، المهذب : (١ / ٣٩٥) ، كشاف القناع : (٣ / ٥٤٧) ، المغنى : (٦ / ٤) .

(٢) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٦ / ١٣٣ - ١٣٤) .

عقدها الصبى المميز تكون موقوفة على إجازة وليه ، أو إذا بلغ وأجازها ، أو أذنت له المحكمة كانت صحيحة .

وفى المادة (١١٢ مدنى) : « إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسليمها بحكم القانون كانت أعمال الإدارة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » ، ومن أعمال الإدارة الإجارة ، فطالما أذن له فى تسلم أمواله وإدارتها كانت صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون ، فقد أخذ القانون فى ذلك بما ذهب إليه الحنفية والمالكية .

وإذا كان الشخص عديم التمييز بأن كان صغيراً غير مميز دون السابعة من عمره ، أو كان مجنوناً أو معتوهاً (العته الذى يماثل الجنون ؛ لأن القانون لم يفرق بين معتوه ومعتوه) ، فإنه لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية ، فلا يملك أهلية التصرف ، ولا أهلية الإدارة ، ومن ثم لا يجوز له إجارة أمواله ، والإيجار الذى يصدر منهم يكون باطلاً ، وحتى يكون الإيجار باطلاً بالنسبة للمجنون والمعتوه يجب أن يكون صادراً بعد تسجيل قرار الحجر والحجر عليهما فى الفقه لا يحتاج إلى قرار من المحكمة[1] .

ونصت المواد (١٠٩ - ١١٠ - ١١٤ - ٤٥) على ما سبق على النحو التالى : ففى المادة (١٠٩) تقول : « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » .

وفى المادة (٤٥ / ١ مدنى) : « لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون » وفى المادة(٤٥ / ٢ مدنى)

---

(١) انظر السابق : فالقانون لم يجعل الحجر على المجنون والمعتوه وذى الغفلة إلا بقرار من المحكمة وأما الفقه فقد جعل الحجر عليهم لذواتهم .

« وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز » . وفى المادة (١١٠) : «ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة » وفى المادة (١١٤ / ١ - ٢) : « يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر ، أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها » .

أما ذو الغفلة والسفيه:

فقد قرر القانون أن الحجر على ذى الغفلة والسفيه يكون بحكم من المحكمة وكذا رفعه ، فقد نصت المادة (١١٣ مدنى) على ذلك : « المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى القانون » .

أما إذا صدر الإيجار بعد تسجيل قرار الحجر عليهما فإنهما يكونان بمنزلة الصغير المميز ونصت على ذلك المادة (١١٥ مدنى) : « إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام » .

قال الدكتور السنهورى : « إن ذا الغفلة والسفيه إذا حجر عليهما وصدر منهما إيجار بعد تسجيل قرار الحجر كان الإيجار قابلاً للإبطال لمصلحتهما ، هذا إذا لم يؤذن لذى الغفلة أو السفيه فى تسليم أموالهما وإدارتها فتسرى عليهما أحكام القاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ، وأذن له فى تسلم أمواله ، ومن ثم يكون الإيجار الصادر منهما صحيحاً لأية مدة غير المبانى والأراضى الزراعية ، ولمدة لا تزيد على سنة إلا بإذن فى المبانى والأراضى الزراعية »[1] .

---

(١) انظر الوسيط : (٦ / ١٤١) .

فتصرفـاتهما بعد تسجـيل قرار الحجر كالصـبى المميز ، فالدائرة بـين النفع والضرر (كـالإجارة) موقوفـة على إذن الولى ، إلا إذا أذن لـهما فى تـسلم أموالهما وإدارتها .

أما إجارتهما قبل الحجر فإنها لا تكون باطلة أو قابلة للإبطال إلا إذا وقعت نتيجة استـغلال أو تواطؤ من المتعاقد معـهما إذا كانا يتوقعان الحجـر عليهما ، فإذا لم يثبت شيء من ذلك كانت تصرفاتـهما صحيحة ، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٥ / ٢) : « أما الـتصرف الصادر قبـل تسجيل قرار الحـجر ، فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » .

قال الدكتور السنهورى : « أما الإيجار الصادر من ذى الغفلة أو السفيه قبل تسجيل قرار الحجر فهو فى الأصل صـحيح ؛ لأن انتقاص الأهلية لا يثبت إلا بالحجر ، ولابد من تسجيل قرار الحجر حـتى يكون سارياً فى حق المستأجر ، لكن قد يـحدث أن ذا الغفلة والسـفيه يتوقعان الحجـر عليهما ، فيـعمدان إلى تبديد أموالهما بالتصرف فيها إلى من يـتواطأ معهما على ذلك ، أو ينتهز الغير هذه الفرصة فـيستصدر منهمـا تصرفات يبتز بهـا أموالهما مستغـلاً إياهما فى ذلك، ففى هاتين الحـالتين ، حالة التواطؤ ، وحالة الاستـغلال يكون تصرف ذى الغفلة والسـفيه باطلاً إذا كان من أعمال التبرع ، أو قـابلاً للإبطال إذا كان من أعمال التصرف أو أعمال الإدارة »[١] .

وقد اتفق القانون هنا أيضاً مع ما ذهب إلـيه الحنفية والمالكية ، فى أن إيجار السفيه صحيح موقوف على إجارة الـولى ، وقد فرق القانون بين التصرف قبل تسجيل الحجر وبعده كما رأينا ، وما ينطبق على المؤجر ينطبق على المستأجر ؛ لأن الإجارة من عقود المعاوضات .

---

(١) الوسيط : (٦ / ١٤٢ - ١٥٤ - ١٥٥) .

الصيغة في عقد الإجارة:

والصيغة : هى كل ما يدل على الرضا ، وهى الركن عند الحنفية كما سبق، قال الكاساني : « وأما ركن الإجارة فالإيجاب والقبول ، وذلك بلفظ دال عليها وهو لفظ الإجارة والاستئجار والاكتراء والإكراء ، فإذا وجد ذلك فقد تم الركن »[1] .

وقال المالكية : « تنعقد بما يدل على الرضا وإن معاطاة »[2] .

وعند الشافعية والحنابلة : تنعقد بلفظ الإجارة ؛ لأنه لفظ موضوع لها ، نحو آجرت وما فى معناها كالكراء ، سواء أضيفت إلى العين نحو آجرتكها أو أكريتكها ؛ أم أضيفت إلى النفع نحو قوله : « آجرتك نفع هذه الدار ، أو أكريتك نفع هذه الدار أو ملكتك نفعها » وكل هذا لابد فيه من نية حتى لا تختلط الإجارة بالإعارة ؛ لأن ملكتك تحتمل الإعارة إلا إذا وجدت قرينة أو تبادلا العوض .

وتنعقد عندهما بلفظ البيع لكن عند الشافعية وجهين فى ذلك ؛ أحدهما: تنعقد ؛ لأنها صنف من البيع ؛ ولأنه تمليك يتقسط العوض فيه على المعوض كالبيع فانعقد بلفظه ، وإذا انعقد بلفظ البيع لابد أن يضاف إلى النفع نحو قول: بعتك نفعها ، أو بعتك سكنى الدار ونحوه .

والوجه الثانى : لا ينعقد ؛ لأنه يخالف البيع فى الاسم والحكم فلم ينعقد بلفظه[3] .

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ١٧٤) .

(٢) انظر الشرح الصغير للدرديرى : (٣ / ٢٩٨) .

(٣) انظر المهذب : (١ / ٣٩٥) ، كتاب أدب القضاء لابن أبى الدم : ==

والعبرة فى كل ذلك بالقصد والنية ، قال ابن القيم : « إن القصد هو روح العقد وهو الذى يصححه ويبطله ، فاعتبار القصود فى العقود أولى من اعتبار الألفاظ ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها ، ومقاصد العقود هى التى تراد لأجلها، فإذا ألغيت واعتبرت الألفاظ التى لا تراد لنفسها ، كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره ، واعتباراً لما قد يسوغ إلغاؤه »[1] .

يؤخذ من كل ما سبق أن كل ما دل على الرضا بأى لفظ يشعر بالمعاوضة على المنفعة مثل : آجرنى أرضك ، أو أسكن هذا البيت فى مقابل كل شهر كذا وقبل الآخر تم التراضى ، وقد يكون بمجرد دفع الأجرة لركوب سيارة أو سفينة ، وقد يكون العقد عن طريق المعاطاة فيناوله شيئاً ينتفع به فى مقابل أجر يأخذه وقد يكون كتابة ، وقد يكون صريحاً أو ضمنياً ، أو بإشارة متداولة عرفاً .

« ويشترط فى العقد ألا يقترن بشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه حتى لو آجره داره على أن يسكنها شهراً ، ثم يسلمها إلى المستأجر ، أو أرضاً على أن يزرعها ثم يسلمها إلى المستأجر ، أو دابة على أن يركبها شهراً ، أو ثوباً على أن يلبسه شهراً ثم يسلمه إلى المستأجر ، فالإجارة فاسدة ؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد ، ولا يلائمه ، وزيادة منفعة مشروطة فى العقد ، لا يقابلها عوض فى معاوضة المال بالمال ، يكون رباً أو فيه شبهة الربا ، وكل ذلك مفسد للعقد »[2] .

= = (٢ / ٤٢٧ - ٤٢٨) ، كشاف القناع : (٣ / ٥٤٧) ، المغنى لابن قدامة :(٦ / ٤) .

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم : (٣ / ١٢٦) .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ١٩٤) .

وهذا ما أخذ به القانون فى المادتين (٨٩ ، ٩٠ مدنى) فنص فى المادة (٨٩ مدنى) على الآتى : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » .

وفى المادة (٩٠ / ١ - ٢ مدنى) : « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً » .

قال الدكتور خميس خضر : « الإيجار عقد من عقود التراضى ، فلا يشترط لانعقاده شكل خاص ، فقد يكون بالكتابة أو باللفظ أو بالإشارة ، والتراضى على الإيجار قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمنياً ، فإذا وضع شخص عيناً تحت تصرف شخص آخر للانتفاع بها وكانت الظروف تدل على أن مركز الطرفين هو مركز من يؤجر ومن يستأجر فإن الإيجار ينعقد بالتراضى الضمنى »[1] .

وبهذا يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى طريق التعبير عن الإرادة التى تؤدى إلى إنشاء العقد ، وبهذا يتبين أسبقية الفقه الإسلامى فى ذلك .

---

(١) انظر العقود المدنية الكبيرة للدكتور خميس خضر : ص ٦٧١ ، ٦٧٢ .

المعقود عليه (المنفعة) :

أولاً : من شروط المنفعة أن يكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوماً علماً يمنع من المنازعة ، فإن كان مجهولاً ينظر إن كانت تلك الجهالة مفضية إلي المنازعة تمنع صحة العقد وإلا فلا ؛ لأن الجهالة المفضية إلى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد ، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة يوجد التسليم والتسلم فيحصل المقصود من العقد[1] .

ثم العلم بالمعقود عليه وهو المنفعة يكون ببيان أشياء :

منها محل المنفعة :

وهذا يحصل بمعرف العين المستأجرة بعينها ، فلو قال إنسان لآخر : آجرتك إحدى هاتين الدارين ، أو أحد هذين العبدين لم يصح العقد ؛ لأن المعقود عليه مجهول ؛ لجهالة محله جهالة مفضية إلى المنازعة فتمنع صحة العقد .

ولو استأجر إنسان نهراً ليسوق منه الماء إلى أرض له فيسقيها لم يجز ، وإذا استأجر نهراً يابساً يجرى فيه الماء إلى أرضه ، لا يجوز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد ، ووجه ذلك أن مقدار ما يسيل من الماء فى النهر والمسيل مختلف ، والكثير منه مضر بالنهر والسطح ، والمضر منه مستثنى من العقد دلالة ، وغير المضر غير مضبوط ، فصار محل المعقود عليه مجهولاً ، وروى عن محمد رواية أخرى بالجواز ؛لأن المانع جهالة البقعة وقد زالت بالتعيين[2] .

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ١٧٩) .

(٢) انظر السابق : (٤ / ١٧٩)، شرح العناية على الهداية : (٩ / ٦١) ، الفروق للقرافى : (٤ / ٣ - ٤) ، بداية المجتهد : (٢ / ٢٢٤) ، الشرح الصغير للدرديرى : (٣ / ٢٩٩) ، مغنى المحتاج : (٢ / ٣٣٥) ، منار السبيل ==

فمن هذا يتبين أنه يشترط فى المنفعـة أن تكون معلومة حتى لا يختلف طرفا العقد ، فإن آجره محلاً حدد نوع استعماله .

ومن العلم بالمعقود عليه بيان المدة :

قال الـكاسانـى : « بيان مـدة الإجارة مـطلوب فـى إجارة الدور والمـنازل والبيوت والحوانيت واستئجار الظئر ؛ لأن المعقود عليه لا يصـير معلوم القدر بدونه فترك بيانه يفضى إلى المنازعة »[1] .

وتجوز الإجارة على أى مدة طالت أو قـصرت ، قال البابرتى : « ولا فرق بين طويل المـدة وقصيرها عنـدنا إذا كانت بحيـث يعيش إليهـا العاقدان ؛ لأن الحاجة التى جوزت الإجارة لها قد تمس إلى ذلك ، وهى مدة معلومة يعلم بها مقدار المنـفعة فكانت صـحيحة كالأجل فـى البيع ، وأما إذا كانـت بحيث لا يعيش إليها أحد المتعاقدين فمنـعه بعضهم ؛ لأن الظن فى ذلك عدم البقاء إلى تلك المـدة والظن مثل التـيقن فى حق الأحكـام فصارت الإجارة مؤبدة مـعنى والتأبيد يبطلها »[2] .

وقال المالكـية : إن الإجارة تجوز على مدة معـلومة كقوله : أستـأجر منك شهراً أو سنة من غير أن يذكر ابتداء ذلك ، ويحمل ابتداء ذلك من يوم العقد، ولا بأس عندهم مثل الحنفية بطول المدة طالما أنها محددة[3] .

= = لابن ضويان : (١ / ٤١٣) ، كشاف القناع : (٣ / ٥٤٧) ، شرائع الإسلام : (٢ / ١٨٢) .

(١) بدائع الصنائع للكاسانى : (٤ / ١٨١) .

(٢) انظر شرح العناية على الهداية : (٩ / ٣٦) .

(٣) انظر الشرح الكبير مع حاشية الـدسوقى : (٤ / ٤٤) ، الكافى فى فقه أهل المدينة المالكى : ص ٣٦٩ ، ص ٣٧٣ .

فلا يشترط عندهم تحديد بداية الإجارة ويكون ذلك من يوم العقد كما عند الحنفية فليس شرطا أن يعين ابتداء مدة الإجارة ، فإذا كان العقد مطلقاً عن تعيين ابتداء المدة تعين الزمن الذى يعقب العقد وهو الشهر الذى يأتى بعد العقد.

وبهذا أيضاً قال الحنابلة[١] : فى أن المدة لابد أن تكون معلومة ، كشهر وسنة ولا خلاف فى هذا ، ولا تتقدر أكثر مدة الإجارة ، بل تجوز إجارة العين المدة التى تبقى فيها وإن كثرت[٢] .

وأما الشافعية : فيشترط تعيين مدة الابتداء التى تلى العقد نصاً ؛ لأن عدم التعيين يؤدى إلى جهالة الوقت الموجبة لجهالة المعقود عليه ، وأما عن طول المدة وقصرها فقد قال الشافعى : وله إن يؤاجر عبده وداره ثلاثين سنة ، أما عقد الإجارة على سنة واحدة فيجوز ؛ لأن الغرر يسير فيها ، والضرورة داعية إليها فأما ما زاد على السنة الواحدة فإن للشافعى قولين :

أحدهما : لا تجوز الإجارة أكثر من سنة ؛ لأن الإجارة غرر ؛ لأنها عقد قد تسلم وقد لا تسلم فإذا قل الزمان قل غررها فجاز ، وإذا طال الزمان كثر غررها فبطل كالخيار ؛ ولأن السنة هى المدة التى تكمل فيها منافع الزراعة فى الأرضين ، ولا تتغير فيها غالباً الحيوانات والدور ولذلك تقدرت مدة الإجارة بها وبطلت فيما جاوزها .

القول الثانى : وهو أصح القولين هنا ، أن الإجارة تجوز أكثر من سنة بثلاثين سنة - قدرها الشافعى على سبيل الكثرة - أما أدناها فأقل مدتها ما

---

(١) انظر المغنى لابن قدامة : (٦ / ٥ ، ٦ ، ٧ ، ٨) .

(٢) انظر المغنى الصفحات السابقة .

أمكن فيه استيفاء المنفعة المعقود عليها ذلك يختلف باختلاف المؤجر ، فإن كان ذلك داراً للسكنى جازت إجارتها يوماً واحداً ، وإن كان ذلك أرضاً للزراعة فأقلها مدة زراعتها ، فأما أكثر المدة فهو ما علم بقاء الشيء المؤاجر فيها من أرض وبناء وحيوان[١] .

فلابد من تحديد المدة ، فمن أجر أرضاً للزراعة فلابد أن يبين عدد السنوات، ومن أجر داراً فلابد أن يحدد زمنها ، ويحدد بداية المدة وانتهاءها حتى لا يفضى ذلك إلي المنازعة .

بيان العمل:

والأجير قسمان : خاص وهو من قدر نفعه بالزمن ، وهو من استأجر مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه فى جميعها ، وسمى خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه تلك المدة ، وهذا لا يضمن ما تلف بيده إلا إن فرط ، مثل أن يأمره بالسقى فيكسر الجرة ؛ لأنه نائب المالك فى صرف منافعة فيما أمر به فلم يضمن كالوكيل ، فإن تعدى ضمن كسائر الأمناء .

المشترك : وهو من قدر نفعه بالعمل كخياطة ثوب وبناء حائط ، ونحوه ، وسمى مشتركاً ؛ لأنه يتقبل أعمالاً لجماعة فى وقت واحد يعمل لهم فيشتركون فى نفعه ، وهذا يضمن ما تلف بفعله من تخريق وغلط فى تفصيل، وهذا لا يشترط معه بيان المدة؛لأن المعقود عليه يصير معلوماً بدونه[٢].

قال الكاسانى : « لابد من بيان نوع العمل فى استئجار الصناع والعمال ؛

---

(١) انظر تكملة المجموع للشيخ المطيعى : (١٥ / ٢٦٦) ، المهذب للشيرازى : (١ / ٣٩٦) .

(٢) انظر منار السبيل : (١ / ٤٢١) .

لأن جهالة العمل فى الاستئجار على الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة ، فيفسد العقد ، حتى لو استأجر عاملاً ولم يسم له العمل من القصارة والخياطة والرعى ونحو ذلك لم يجز العقد .

« وإذا كان الأجير مشتركاً فلابد من بيان المعمول فيه ، إما بالإشارة والتعيين، أو ببيان الجنس والنوع والقدر ، والصفة فى ثوب القصارة والخياطة، وبيان الجنس والقدر فى إجارة الراعى من الخيل أو الإبل أو البقر أوالغنم وعددها ؛ لأن العمل يختلف باختلاف المعمول ، فلو استأجر شخص حفاراً ليحفر له بئراً أنه لابد من بيان مكان الحفر ، وعمق البئر وعرضها ؛ لأن عمل الحفر يختلف باختلاف عمق المحفور وعرضه ، ومكان الحفر من الصلابة والرخاوة فيحتاج إلى البيان ؛ ليصير المعقود عليه معلوماً »[1] .

وإجارة الأرض لابد فيها من بيان ما تستأجر له من الزراعة ، والغرس والبناء وغير ذلك فإذا لم يبين كانت الإجارة فاسدة[2] .

فإن استأجر خادماً لابد أن يبين له نوع العمل الكنس ، الطبخ ، الفلاحة ، وإن استأجر أجيراً للرعى لم يصح حتى يعرف جنس الحيوان ؛ لأن لكل جنس من الماشية تأثيراً فى إتعاب الراعى ، وإن اكترى أرضاً فلا تصح الإجارة حتى يذكر ما يكترى له من الزراعة والغراس والبناء ؛ لأن الأرض تكترى لهذه المنافع ، وتأثيرها فى الأرض يختلف فوجب بيانها[3] .

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ١٨٤) .

(٢) انظر السابق .

(٣) انظر المهذب : (١ / ٣٩٦ - ٣٩٨) ، المغنى : (٦ / ٨ ، ٩) ، الفروق للقرافى: (٤ / ١٢) .

ففي إجارة المنافع لابد من تعيين المدة ، وفى الإجارة على الأعمال لابد من تعيين نوع العمل .

وقد اشترط القانون فى الشىء المؤجر أن يكون معيناً ، قال الدكتور السنهورى : « ويجب أن يكون الشىء المؤجر معيناً تعييناً كافياً ، فيوصف وصفاً يكون مانعاً للجهالة ، فإذا أجر شخص منزلاً وجب أن يبين موقع هذا المنزل فى أية جهة هو ، وأن يذكر أوصافه الأساسية التى تميزه عن غيره من المنازل الأخرى ، وإذا أجر أرضاً وجب تحديد موقعها ، وبيان مساحتها وتعيين حدودها ، وإذا أجر سيارة معينة وجب أن يبين أية سيارة يؤجرها وأن يذكر أوصافها المميزة وليس من الضرورى أن يكون الشىء معيناً فعلاً بل يكفى أن يكون قابلاً للتعيين ، فإذا استأجر شخص من آخر مركبة للنقل من صنف معين بأجرة معينة فللمؤجر أن يسلم المستأجر أية مركبة ما دامت من الصنف المتفق عليه وتصلح للغرض المقصود منها ، وإذا استأجر صاحب المدرسة سيارات لنقل التلاميذ وبين عددهم فللمؤجر أن يسلمه سيارات تكون كافية لنقل هذا العدد من التلاميذ وتكون صالحة للنقل ، وإذا لم يتفق على درجة الشىء من الجودة ، التزم المؤجر بشىء من صنف متوسط »[1] وقد نصت المادة (١٣٣) من التقنين المدنى على ذلك :

« ١ - إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان باطلاً » .

« ٢ - ويكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع

---

(١) الوسيط فى شرح القانون المدنى : (٦ / ١٧٠) ، العقود المدنية الكبيرة للدكتور خميس خضر : ص ٧٠٩ - ٧١٠ .

به تعيين مقداره وإذا لم يتفق المتعاقد على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف ، أو من أي طرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » .

أما عن المدة في القانون :

قال الدكتور خميس خضر : « القاعدة أن عقد الإيجار كغيره من عقود المدة يجب أن يكون مؤقتاً فلا يجوز تأبيده ، ويستفاد توقيت عقد الإيجار من تعريف المشرع لهذا العقد بأنه عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة » (المادة ٥٥٨ مدنى)[1] .

وقال الدكتور السنهورى : « والمتعاقدان فى الإيجار يتفقان عادة على المدة ؛ إذ المدة ركن لا يتم الإيجار إلا به ، ومن ثم إذا عرضا للمدة واختلفا فى تحديدها فطلب المؤجر أن تكون المدة سنة وأبى المستأجر إلا أن يكون الإيجار مشاهرة ، واستمر على هذا الخلاف ، فإن الإيجار لا ينعقد ؛ لانعدام ركن فيه هو ركن المدة»[2].

وقد حددت المادة (٥٦٣ مدنى) كيفية انتهاء الإجارة إذا لم يتفق على مدة معينة على النحو التالى :

« إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير معينة ، أو تعذر إثبات المدة المدعاة اعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة ، وينتهى بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالإخلاء » .

---

(١) العقود المدنية الكبيرة للدكتور خميس خضر : ص ٧٠٩ ، ٧١٠ .

(٢) الوسيط فى شرح القانون المدنى : (٦ / ١٨٨) .

قال الدكتور السنهوري : « ولكن يقع في بعض الأحيان أن المتعاقدين لا يعرضان إطلاقاً للمدة ، فالسكوت عنها لا يجعل الإيجار باطلا ، بل يكون صحيحاً ويتكفل القانون في هذه الحالة بتحديد المدة ... ، كذلك قد يتفق المتعاقدان على أن يكون الإيجار لمدة غير معينة أو يتفقان على مدة معينة ، ولكن لا يستطيع أي منهما أن يثبت ما اتفقا عليه في ذلك ، ففي هاتين الحالتين لا يكون الإيجار باطلاً ، بل يكون صحيحاً ، ويتكفل القانون بتحديد المدة على نفس الوجه الذي يحدد به المدة في الحالة الأولى »[1] .

ولكن في هذا جهالة قد تؤدي إلى المنازعة فلابد من تحديد المدة وخاصة في إيجار الأماكن ، وفي غيرها تكون محددة بالعرف أو بما تنتهي به الإجارة عادة، فإذا كانت أرضاً زراعية انتهى بحصاد الزرع إلا إذا اتفق على مدة أخرى.

« والقانون لم يضع حداً أدنى للمدة ، فيجوز الاتفاق على أية مدة مهما قلت ، ولكن نظراً إلى أن استغلال الأراضي الزراعية يقتضي قدراً من استقرار المستأجر الذي يقوم بالاستغلال ، فنص قانون الإصلاح الزراعي في المادة (٣٥ / ١) على الآتي : « لا يجوز أن تقل مدة إيجار الأراضي الزراعية عن ثلاث سنوات »[2] .

وهذه المدة غير منضبطة والمفروض أن تتحدد على الموسم الزراعي فلكل زرع مدة ينتهي إليها أو ما يتفق عليه المتعاقدان ، أو ما يمكن به استيفاء المنفعة المعقود عليها .

وأما عن الحد الأقصى لمدة الإيجار فيرى أكثر شراح القانون أنها متروكة

---

(١) الوسيط : (٦ / ١٨٨) .

(٢) العقود المدنية الكبيرة للدكتور خميس خضر : (ص ٧١٠ - ٧١١ - ٧١٢) .

لتقدير القاضى يفصل فيها حسب الظروف ، ويرى البعض أنها يجب ألا تزيد على ستين سنة قياساً على الحكر فى المادة (٩٩٩ مدنى) التى تقول : « لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة »[١] .

وتجوز عند الفقهاء أى مدة طالت أو قصرت إذا كانت معلومة ، وحددها الشافعى بثلاثين سنة .

وقد قيد قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧م حرية المؤجر فى أن يطلب إخلاء المكان لو انتهت المدة المتفق عليها فى العقد إلا لأحد الأسباب الآتية :

« إذا لم يقم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تكليفه بذلك » .

« وإذا أجر المستأجر المكان المؤجر من الباطن أو تنازل عنه أو تركه للغير بأى وجه من الوجوه بغير إذن كتابى من المالك ، أو إذا استعمل المستأجر المكان المؤجر ، أو سمح باستعماله بطريقة تخالف شروط الإيجار المعقولة أو تضر بمصلحة المؤجر »[٢] .

---

(١) العقود المدنية الكبيرة للدكتور خميس خضر : (ص ٧١٠ - ٧١١ - ٧١٢) .

الحكر : حق قرار مرتب على الأرض الموقوفة بإجارة مديدة تعقد بإذن القاضى يدفع فيها المستحكر لجانب الوقف مبلغاً يقارب قيمة الأرض ، ويرتب مبلغ آخر ضئيل يستوفى سنوياً لجهة الوقف من المستحكر ، أو ممن ينتقل إليه هذا الحق ، على أن يكون للمستحكر حق الغرس والبناء وسائر وجوه الانتفاع والغرض منه الاستفادة من الأراضى الموقوفة المعطلة ، انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٦ / ٢٢٨) .

(٢) انظر العقود المدنية الكبيرة للدكتور خميس خضر : ص ٧١٦ .

وهذا فيه من الظلم البين للمؤجر يؤدى إلى تأبيد العقد ، وإلى هضم حقه، وهذا ما أدى إلى الفوضى فى عصرنا الحديث ، وإلى شح بعض الناس بما عندهم من عقارات وشقق ؛ لأن هذه تؤدى إلى التأبيد ، وقد يبنى المستأجر عمارة ، ولا يرضى أن يترك المكان الذي يسكن فيه عن طريق الإيجار لرخص الأجرة التى يدفعها ، فيجب أن تعدل هذه المواد طبقاً لما حددته الشريعة من أنه لابد أن يتفق المتعاقدان على المدة ، فإذا انتهت المدة كان لصاحب الملك أن يأخذ عقاره ويتصرف فيه وهذا ما جاءت به الشريعة الغراء التى تحقق العدل بين الناس ، أو أن يستأنفا عقداً جديداً بشروط جديدة .

وقد اتجه القانون حديثاً إلى تعديل قانون الأراضى وكذلك ينوى تعديل قانون إيجار المساكن للضرر الواقع على الملاك .

ثانيا : أن يكون المعقود عليه (المنفعة) مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعاً ؛ ولأن العقد لا يقع وسيلة إلى المعقود بدونه فلا يجوز استئجار الآبق ؛ لأنه لا يقدر على استيفاء منفعته حقيقة ؛ لكونه معجوز التسليم حقيقة ، ولهذا لم يجز بيعه ، ولا تجوز إجارة البعير الشارد والأخرس للكلام حقيقة ، ولا تجوز شرعاً إجارة الحائض لكنس المسجد ، والطبيب لقلع سن صحيحة ، والساحر على تعليم السحر[1] .

ويترتب على اشتراط القدرة على الاستيفاء عند الحنفية مسائل :

لو استأجر أرضاً فيها زرع للمؤجر أو شجر أو قصب أو كرم أو ما يمنع من

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ١٨٧ - ١٨٨ - ١٨٩) ،الشرح الكبير للدرديرى :(٤ / ١٩) ، الفروق للقرافى : (٤ / ٣ - ٤) ، مغنى المحتاج للخطيب : (٢ / ٣٣٥ وما بعدها) ، المغنى لابن قدامة : (٦ / ١٣٣) .

الزراعة لم تجز ؛ لأنها مشغولة بمال المؤجر فلا يتحقق تسليمه ، فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء شرعاً فلم تجز كما لو اشترى جذعاً فى سقف .

ولو استأجر أرضاً فيها رطبة[1] ، فالإجارة فاسدة ؛ لأنه لا يمكن تسليمها إلا بضرر وهو قلع الرطبة فلا يجبر على الإضرار بنفسه فلم تكن المنفعة مقدورة الاستيفاء شرعاً فلم تجز كما لو اشترى جذعاً فى سقف ، أما لو قلع رب الأرض الرطبة وسلم الأرض للمستأجر فقبلها جاز .

لا يجوز استئجار الفحل للإنزاء واستئجار الكلب المعلم والبازى المعلم للاصطياد ؛ لأن المنفعة المطلوبة منه غير مقدورة الاستيفاء ؛ إذ لا يمكن إجبار الفحل عن الضراب والإنزال ، ولا إجبار الكلب والبازى على الصيد[2] .

ونص القانون فى المادة (١٣٢) على أنه : « إذا كان محل الالتزام مستحيلاً فى ذاته كان العقد باطلاً » .

فالشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصح أن يكون محلاً للتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر ، ويرجع عدم القابلية للتعامل فيه إلى استحالته ، وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذى خصص له ؛ فالأملاك العامة لا يجوز بيعها ؛ لأنها مخصصة لمنفعة عامة فهى غير قابلة للتعامل فيها بالنظر إلى الغرض الذى خصصت له ، كذلك لا يجوز إيجار الأملاك العامة لكن إذا تحول إلى ملك خاص جاز التعاقد عليه[3] .

---

(١) الرطبة : كل ما أكل من النبات غضاً طرياً وقيل : القثاء .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ١٨٧ وما بعدها) ، بداية المجتهد : (٢ / ٢٢٤) .

(٣) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٦ / ١٧١) .

إجارة المشاع

إذا كانت العين المتعاقد على منفعتها مشاعاً ، وأراد أحد الشريكين إجارة حصته الشائعة ، فإجارتها للشريك جائزة بالاتفاق[١] .

أما إجارتها لغير الشريك فلا تجوز عند أبى حنيفة ،وزفر ووجه عند أحمد، كأن يؤجر نصيباً من داره ، أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك ، سواء كان النصيب معلوم كالربع ونحوه أم مجهولاً ، وعلل أبو حنيفة ذلك بما ذكره الكاسانى فى البدائع بقوله : « إن منفعة المشاع غير مقدورة الاستيفاء ؛ لأن استيفاءها بتسليم المشاع غير مقدور بنفسه ؛ لأنه اسم لسهم غير معين ، وغير المعين لا يتصور تسليمه بنفسه حقيقة ، وإنما يتصور تسليمه بتسليم الباقى، وذلك غير مقدور عليه ، فلا يتصور تسليمه شرعا[٢] .

وأما الإجازة من الشريك : فعند أبى حنيفة ، فيها روايتان ، ولئن سلمنا على الرواية المشهورة بإجازته ؛ فلأن المعقود عليه هناك مقدور الاستيفاء بدون المهايأة؛ لأن منفعة كل الدار تحدث على ملك المستأجر لكن بسببين مختلفين ، بعضها بسبب الملك ، وبعضها بسبب الإجارة[٣] .

---

(١) انظر الموسوعة الفقهية : (١ / ٢٦٣) إصدار وزارة الشئون الإسلامية بالكويت .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ١٨٧ وما بعدها) الهداية للمرغينانى : (٩ / ٩٨ - ١٠٠) ، شرح العناية على الهداية : (٩ / ٩٨) الدر المختار للحصكفى : (٥ / ٣٠) ، حاشية أبو السعود:(٣ / ٢٦٤ وما بعدها) البحر الرائق لابن نجيم : (٧ / ٢٨٦) ، المبسوط للسرخسى : (٦ / ٣٢ - ٤٣) إيثار الإنصار فى آثار الخلاف لسبط بن الجوزى : ص ٣٣٤ .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ١٨٨) ، وانظر موسوعة جمال عبد الناصر فى الفقه الإسلامى : ص ٢١٦ ، ٢١٧ .

وأما الشيوع الطارئ ففيه روايتان عند أبى حنيفة ، فى رواية يفسد الإجارة كالمقارنة ، وفى رواية لا يفسد وهى الرواية المشهورة عنه ، ووجهها أن المناع من جواز العقد وهو الشيوع كان بسبب عدم القدرة على التسليم ، والقدرة على التسليم ليست بشرط لبقاء العقد ودوامه ؛ إذ ليس كل ما يشترط فى إنشاء العقد ابتدائه يشترط لبقاء العقد[١] ، [٢] .

« وطريق جوازها فى المشاع الطارئ أن يلحقها حكم حاكم ؛ ليصير متفقاً عليه ، أو حكم الحكم إن تعذرت المرافعة إلى القاضى ، أو يعقد العقد فى الكل أولاً ، ثم يفسخ فى نصفه أو فى ربعه بقدر ما اتفق عليه العاقدان فيجوز »[٣] .

وقال الحنابلة : ولا تجوز إجارة المشاع لغير الشريك ، إلا أن يؤجر الشريكان معاً ؛ لأنه لا يقدر على تسليمه فلم تصح إجارته كالمغصوب ، وذلك لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه ، ولا ولاية له على مال شريكه فلم تصح إجارته كالمغصوب[٤] .

---

(١) الشيوع الطارئ هو الذى يطرأ على الملك كما لو آجر أحد داره ثم ظهر لنصفها مستحق تبقى الإجارة فى نصفها الآخر الشائع ، كتاب شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم بن رستم باز : ص ٢٢٢ ، وقد جاء فى المادة (٥٥) من مجلة الأحكام العدلية : « يغتفر فى البقاء مالا يغتفر فى الابتداء مثاله : إن هبة الحصة الشائعة لا تصح ، لكن إذا وهب رجل عقاراً من آخر ، فاستحق منه حصة شائعة لا تبطل الهبة فى حق الباقى » وهذا عند الحنفية .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ١٨٨) ، الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى: (٤ / ٧٤٢) .

(٣) انظر الفتاوى الهندية لنظام الدين البرهانبورى ومعه لجنة من العلماء:(٤ / ٤٤٧، ٤٤٨) .

(٤) انظر كشاف القناع للبهوتى : (٣ / ٥٦٤) ، كتاب الفروع لابن مفلح : ==

وذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية ، والشافعية والمالكية وفى قول لأحمد إلى جواز إجارة المشاع من غير الشريك ، وذهبوا إلى أنها يمكن الانتفاع بها مع شريكه .

ووجهة قولهم أنه معلوم يجوز بيعه فجازت إجارته كالمفروز ؛ ولأنه عقد فى ملكه يجوز مع شريكه فجاز مع غيره كالبيع ولأنه يجوز إذا فعله الشريكان معاً فجاز لأحدهما فعله فى نصيبه مفرداً كالبيع .

وقالوا : إن الإجارة أحد نوعى البيع فيعتبر بالنوع الأخر وهو بيع العين ، وأنه جائز فى المشاع كذا هذا ، فلو امتنع إنما يمتنع ؛ لتعذر استيفاء المنفعة بسبب الشياع ، والمشاع مقدور الانتفاع بالمهايأة ؛ ولهذا جاز بيعه ، وكذا يجوز من الشريك أو من الشركاء فى صفقة واحدة فكذا من الأجنبى[1] .

ولقد ذهب ابن حزم أيضاً إلى إجارة المشاع وانتقد أبا حنيفة بشدة فقال :

= = (٤ / ٤٣٣) ، الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى : (٦ / ٣٣)، المغنى لابن قدامة : (٦ / ١٣٧) ، المبدع فى شرح المقنع لابن مفلح : (٥ / ٧٩)، الإفصاح عن معانى الصحاح لابن هبيرة : (٢ / ٤٠) ، الروض المربع شرح زاد المستنقع للبهوتى : ص ٣٠٥ ، حاشية على شرح الروض المربع لعبد الله ابن عبد العزيز العنقرى : (٢ / ٣٠٦ - ٣٠٧) ، نصت المادة : (٤٢٩) من مجلة الأحكام العدلية على الآتى : « للمالك أن يؤجر حصته الشائعة من الدار المشتركة لشريكه إن كانت قابلة القسمة أو لم تكن وليس له أن يؤجرها لغيره » .

(١) انظر أسهل المدارك للكشناوى : (٢ / ٣٣٢) ، بداية المجتهد لابن رشد : (٢ / ٢٢٧) ، حلية العلماء للقفال : (٥ / ٣٨٧ - ٣٨٨) ، الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر : (١ / ٢٣٢) ، المهذب للشيرازى : (١ / ٣٩٥) ، المغنى لابن قدامة : (٦ / ١٣٧) ، بدائع الصنائع : (٤ / ١٨٧) ، المحرر فى الفقه على مذهب أحمد لمجد الدين أبى البركات : (١ / ٣٧٥) .

وإجارة المشاع جائزة فيما ينقسم وما لا ينقسم من الشريك ومن غير الشريك، ومع الشريك ودونه .

ثم انتقد ما ذهب إليه أبو حنيفة فقال : « وهذه تقاسيم في غاية الفساد والدعوى بالباطل والتناقض بلا دليل أصلا ، ولا نعلمها عن أحد قبل أبي حنيفة ، ولا حجة لهم في ذلك إلا أن قالوا : الانتفاع بالمشاع غير ممكن إلا بالمهايأة ، وفي ذلك انتفاع بحصة شريكه » .

قال أبو محمد : وهذا داخل عليهم في البيع وفي التملك ولا فرق ، وأمر النبي بالمؤاجرة ولم يخصص مشاعاً من غير مشاع ، ﴿ وَمَا يَنطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ * إِنْ هُوَ إِلاَّ وَحْيٌ يُوحَىٰ ﴾[1] .

﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴾[2] ، وقد تم الدين ولله الحمد ونحن في غنى عن رأي أبي حنيفة وغيره »[3] وإلى هذا ذهب الشيعة[4] .

ولا مانع من صحة إجارة المشاع ، وحلول المستأجر محل المؤجر في الحصة الشائعة ومنفعتها ، بدليل أن فقهاء الحنفية أنفسهم تسامحوا في الشيوع الطارىء بالنسبة للإجارة ، على أن الأحكام القانونية النافذة تقضي بصحة إجارة الحصة الشائعة .

إيجار المشاع في القانون :

تنص المادة (٨٢٦ / ١ مدني) على الآتي : « كل شريك في الشيوع يملك

---

(١) سورة النجم : آية (٣ - ٤) .

(٢) سورة مريم : آية (٦٤) .

(٣) المحلى لابن حزم : (٨ / ٢٠٠) .

(٤) انظر الجامع للشرائع ليحيى بن سعيد الحلي : ص ٢٩٧ .

حصتـه ملكاً تـاماً ، وله أن يتـصرف فيهـا وأن يستولـى على ثمـارها ، وأن يستعملهـا بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائـر الشركاء » ، وعلى ذلك ، إذا ملك العين عدة ملاك على الشيوع ، وأجرها الجميع لأجنبى أو لواحد منهم ، نفذت الإجارة فى حـقهم جميعاً لأية مدة ، ولو زادت عـلى ثلاث سنوات ، وكذلـك الحكم لو أجـرها واحد أو أكثـر أصلاء عن أنـفسهم ، ووكـلاء عن الباقين، أو أجرها وكيل عنهم جميعاً [1] ، وفى هذا الصدد تقول المادة (٨٢٧ مدنى) : « تكـون إدارة المال الشائع من حق الشـركاء مجتمعين مـا لم يوجد اتفاق يخالف ذلك»[2] .

فإذا لم يتفق الجـميع على الإيجار ، فقد نصت المـادة (٨٢٨) من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ - ما يستـقر عليه رأى أغلبيـة الشركاء فى أعمال الإدارة المعـتادة يكون ملزماً للجميع ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء ، فإن لم تكن ثمة أغلبية ، فلـلمحكمة بناء على طـلب أحد الشركاء ، أن تتخذ من الـتدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع » .

« ٢ - وللأغلبية أيضاً أن تختار مديرا ، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائـع نظاماً يسرى حتى على خلفاء الشـركاء جميعاً سواء كان الخلف عاماً أم كان خاصاً » .

« ٣ - وإذا تولى أحد الـشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقـين عد وكيلا عنهم »[3] .

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٦ / ٧٩ - ٨٠) .
(٢) انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ١٩٩ .
(٣) انظر القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ١٩٩ .

قال الدكتور السنهورى معلقاً على نص المادة السابقة : ويخلص من هذا النص أن هناك تدرجاً فى النظام الموضوع لإيجار المال الشائع على الوجه الآتى :

أولاً : إذا اتفقت أغلبية الشركاء على الإيجار اعتبرت الأغلبية نائبة نيابة قانونية عن الأقلية ، ونفذ الإيجار فى حق الشركاء جميعاً لمدة لا تجاوز ثلاث سنوات ، ما لم يثبت أحد الشركاء من الأقلية أن الإيجار وقع بالتواطؤ إضراراً بالأقلية ، فعندئذ لا ينفذ الإيجار ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء، فإذا كان أحد الشركاء يملك أكثر من النصف كان له وحده حق الإيجار ، وإذا كان لا يملك إلا الثلث مثلاً ، وأجر لشريك آخر يملك هو أيضاً الثلث ، كان الشريكان المؤجر والمستأجر موافقين على الإيجار ، ولما كانا يملكان الثلثين فإن الإيجار يسرى فى حق باقى الشركاء ، وكذلك يسرى الإيجار فى حق باقى الشركاء ، لو أجر الشريكان اللذان يملكان الثلثين العين الشائعة كلها لأجنبى .

ويجوز للأغلبية على النحو المتقدم ذكره ، بدلاً من أن تؤجر المال الشائع مباشرة ، أن تعين مديراً له شريكاً منهم أو أجنبياً ، فيكون إيجار المدير نافذاً فى حق الجميع لمدة لا تجاوز ثلاث سنوات[1] .

ثانيا : إذا لم تكن هناك أغلبية تتفق على الإيجار أو على تعيين مدير للمال الشائع فقد يقع أحد أمرين :

(أ) يتولى أحد الشركاء الإيجار فلا يعترض عليه أحد ، أو لا يعترض عليه إلا الأقلية فيعتبر وكيلاً عن الجميع ، أو وكيلاً عن الأغلبية ونائباً عن الأقلية ، ويكون إيجاره نافذاً فى حق الجميع لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات .

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٦ / ٨٠ : ٨٢) .

(ب) يطلب أحد الشركاء من المحكمة أن تعين من يدير المال الشائع ، فإذا عينت المحكمة مديراً كان إيجاره نافذاً فى حق الجميع لمدة لا تجاوز ثلاث سنوات ، أو للمدة التى تعينها المحكمة[1] .

ثالثاً : إذا لم تكن هناك أغلبية تتفق على الإيجار ، ولم يعين من يدير المال الشائع ، وأجر أحد الشركاء العين الشائعة ، فاعترض عليه باقى الشركاء أو أغلبيتهم ، فالإيجار وإن كان صحيحاً بين المؤجر والمستأجر ، لا ينفذ حتى فى حصة الشريك المؤجر ؛ إذ هو لا يستطيع تسليم هذه الحصة مفرزة للمستأجر مادامت العين لم تقسم ، ولو قسمة مهايأة[2] .

فيستطيع الشركاء الذين اعترضوا إخراج المستأجر من كل العين ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يبقى فى أى جزء مهما صغر ،ولهؤلاء الشركاء أن يخرجوا المستأجر من العين دون أن يجبروا على نتيجة القسمة ولكنهم إذا انتظروا نتيجة القسمة بالفعل نفذ الإيجار فى الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب الشريك المؤجر .

أما إذا لم يمكن تقسيم العين فبيعت فى المزاد العلنى :

* فإن رسا المزاد على الشريك المؤجر نفذ الإيجار فى كل العين بفضل الأثر الرجعى للقسمة .

* وإن رسا المزاد على شريك غير المؤجر فالإيجار لا ينفذ فى حقه وله أن يسترد العين من تحت يد المستأجر .

* وإن رسا المزاد على أجنبى اعتبر رسو المزاد بيعاً،ووجب على الراسى

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٦ / ٨٢ - ٨٣) ، لكن يمكن أن يحل المستأجر مكان المؤجر ، فلو كانت العين المؤجرة أرضاً تزرع ، دخل المستأجر معهم فى الاستفاده بمنفعة الأرض ، فإذا انتهت مدة الإجارة عاد المالك الأصلى للشيوع .

(٢) السابق : (٦ / ٨٢ - ٨٧) .

عليه المزاد أن يحترم الإيجار الثابت التاريخ السابق على البيع ، ولكن ليس لهذا الحكم نتيجة عملية ؛ إذ يلاحظ أن الإيجار الواجب احترامه هنا واقع على حصة الشريك المؤجر فى الشيوع ، وهذه الحصة لا يمكن تسليمها ؛ لذلك نرى أن الراسى عليه المزاد يستطيع إخراج المستأجر من العين ويبقى للمستأجر حق الرجوع على الشريك المؤجر[١] .

هذا كله إذا أجر أحد الشركاء العين الشائعة كلها .

أما إذا أجر جزءاً مفرزاً منها يعادل حصته الشائعة ، فإنه لا يستطيع تسليم هذا الجزء المفرز إلى المستأجر إذا اعترض الشركاء الآخرون ،ويكون الإيجار معلقاً على شرط حصول القسمة بين الشركاء ، ووقوع الجزء المفرز فى نصيب الشريك المؤجر ، فإذا وقع جزء مفرز آخر فى نصيب الشريك المؤجر ، فالرأى الغالب فى الفقه أن ينتقل الإيجار إليه بحكم الحلول العينى المقرر فى التصرف فى جزء مفرز من المال الشائع وفقا للمادة (٨٢٦) من التقنين المدنى[٢]،[٣] .

بقى أن يؤجر الشريك حصته الشائعة فقط ، لا كل العين ، ولا جزءاً مفرزاً

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٦ / ٨٢ - ٨٧) .

(٢) انظر السابق : (٦ / ٨٦ - ٨٧) .

(٣) تنص المادة (٨٢٦) على الآتى : (أ) « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها ، وأن يستولى على ثمارها ، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء . (ب) وإذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة ، وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق فى إبطال التصرف » ، انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ١٩٩ .

منها ، قال الدكتور السنهورى : « وفى هذه الحالة يكون الإيجار صحيحاً ، ولكن يتعذر على المؤجر أن يسلم حصته الشائعة إلى المستأجر ، وإلى أن تتم القسمة ، لا يكون لمستأجر الحصة الشائعة أكثر مما للشريك المؤجر »[١] .

ويترتب على ذلك أن أغلبية الشركاء يستطيعون إيجار العين كلها ويكون الإيجار نافذاً فى حق الشريك المؤجر ، وفى حق المستأجر منه ، ولا يبقى للمستأجر إلا الرجوع على المؤجر .

فإذا لم توجد أغلبية جاز للشريك المؤجر ، وللمستأجر منه عن طريق الدعوة غير المباشرة أن يطلب من المحكمة المختصة أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه ضرورة استغلال المال الشائع ، كما فى المادة (٨٢٨ مدنى)[٢] ، فتعين المحكمة مديراً يتولى إدارة العين الشائعة ،وإذا عينته فقد يقر الإيجار الصادر من الشريك المؤجر ، أما إذا تمت القسمة ، فإن المستأجر يتسلم حصة المؤجر المفرزة وينحصر الإيجار فيها [٣].

ومن هذا نرى أن القانون جعل للشريك فى الشيوع حق الملكية ، والتصرف فى ماله دون أن يضر بالآخرين ، وأباح له أن يستغل ملكه طبقاً للمادة (٨٢٦)

---

(١) الوسيط للدكتور السنهورى : (٦ / ٨٧ - ٨٨) .

(٢) تنص المادة (٨٢٨ / ١ مدنى) على الآتى : « ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع ، وتحدد الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء، فإن لم تكون ثمة أغلبية ، فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع » ، انظر كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ١٩٩ ٠

(٣) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور السنهورى : (٦ / ٨٨) ، وانظر العقود المدينة الكبيرة للدكتور خميس خضر : ص ٦٩٠ : ص ٦٩٥ ٠

من القانون المدنى ، إما عن طريق الأغلبية التى تؤجر ويكون الشريك معهم مؤجراً وموافقاً للأغلبية ، ويمكن أيضاً أن يستغل ماله إذا عينت الأغلبية مديراً يقوم على هذا المال الشائع (مثلاً بالإيجار) أو بما يرونه ، وإذا لم تتفق الأغلبية على الإيجار ، ولم تعين مديراً لإدارة المال الشائع ، فمن حق الشريك أن يطلب من المحكمة أن تعين من يدير المال الشائع ، وله أن يؤجر جزءاً مفرزاً من المال الشائع يعادل حصته إذا لم يعترض الشركاء ، وله أيضاً أن يؤجر حصته الشائعة فقط ، ويكون الإيجار صحيحاً فى الحدود التى بينتها النصوص السابقة ، وبهذا يتفق القانون مع قول جمهور الفقهاء بإجارة المشاع للشريك ولغيره ، وهذا هو الصواب كما سبق أن بينا ، ويحل المستأجر محل المؤجر فى الحصة الشائعة ومنفعتها ، بدليل أن فقهاء الحنفية تسامحوا فى الشيوع الطارىء بالنسبة لإجارة المشاع .

ثالثاً : من شروط المنفعة :

أن تكون المنفعة المعقود عليها مباحة شرعاً : فلا يجوز الاستئجار على المعاصى : كاستئجار الإنسان للعب واللهو ، وكاستئجار المغنية والنائحة للغناء والنوح[1] .

قال السرخسى : « ولا تجوز الإجارة على شىء من الغناء والنوح والمزامير والطبل وشىء من اللهو ؛ لأنه معصية والاستئجار على المعاصى باطل »[2] .

وأيضاً لا يجوز أن يستأجر رجل رجلاً لقتل إنسان أو لسجنه أو لضربه

(١) وأصبحت هذه الأشياء يتعاقد عليها الآن كالتعاقد مع الراقصات والمغنيين ، ولا حول ولا قوة إلا بالله .

(٢) انظر المبسوط : (١٦ / ٣٨) .

ظلماً، وكذا كل إجارة وقعت لمظلمة ؛ لأنه استئجار لفعل المعصية فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء شرعاً . ولا يجوز أن يستأجر الرجل كاتباً ليكتب له غناءً ونوحاً ، وعند أبى حنيفة تجوز الكتابة،ولكن لا يجوز الغناء والنوح .

ولا يجوز الاستئجار على كتابة الشعر المحرم والبدعة ، ولا يجوز للرجل إجارة داره لمن يتخذها كنيسة أو بيعة ، أو يتخذها لبيع الخمور أو القمار وبه قال الجمهور إلا أن أبا حنيفة قال : إن كان بيتك فى السواد[1] فلا بأس أن تؤجره لذلك ؛ لأن أهل السواد فى زمانه كانوا أهل ذمة من المجوس ، فكان ذلك لا يؤدى إلى الإهانة والاستخفاف بالمسلمين[2] .

فكل منفعة كانت لشىء محرم ، لا تجوز إجارتها ، وكذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع .

أما فى القانون :

فإن من شروط المحل أن يكون الشىء المؤجر قابلاً للتعامل فيه ، والقانون

(١) أرض السواد هى الأرض الواقعة بين دجلة والفرات وافتتحها المسلمون فى عهد عمر ابن الخطاب ، وسميت بذلك ؛ لسوادها بالزروع والنخيل والأشجار ؛ لأنها حيث تاخمت جزيرة العرب التى لا زرع فيها ولا شجر ، كانوا إذا خرجوا من أرضهم ظهرت لهم خضرة الزروع والأشجار فيسمونه سواداً ، وهم يسمون الأخضر سواداً . معجم البلدان لياقوت الحموى : (٣ / ٢٧٢ - ٢٧٣) .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ١٨٩) ، المبسوط : (١٦ / ٣٨) ، الهداية : (٩ / ٨٩) ، بداية المجتهد : (٢ / ٢٢٠ : ٢٢٤) ، الشرح الصغير للدردبرى : (٣ / ٢٩٩) ، أسهل المدارك للكشناوى : (٢ / ٣٢١) ، الكافى لابن عبد البر : ص٣٧٥ ، المهذب : (١ / ٣٩٤) ، المغنى لابن قدامة : (٦ / ١٢٩) ، منار السبيل: (١ / ٤١٣) ، كشاف القناع : (٣ / ٥٥٩) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٤ / ٧٤٤ ، ٧٤٥) .

ينظر إلى ذلك من ناحية أن يكون الشيء المؤجر غير مخالف للنظام العام ، أو للآداب ، فالمشروعية هي مشروعية القانون ، وليست مشروعية الشريعة ، فقد يكون الشيء محرماً في الشريعة ، لكنه غير محرم في القانون ، مثل استئجار المغنيات والراقصات . وغير ذلك من الأشياء المحرمة بالشرع ، لكنها في القانون ليست محرمة ، وأولى بنا أن نعود إلى الشريعة الغراء لكي تنصلح أمتنا، وينصلح شبابنا ، فيجب أن تحرم هذه الأشياء ، وأن توضع في القانون المواد التي تحرمها وتعدها مخالفة للنظام العام ، وللآداب كما هي في الشرع الحنيف .

قال الدكتور السنهوري: « وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه ؛لأن ذلك غير مشروع ، وعدم المشروعية يرجع إلى مخالفة التعامل للنظام العام أو للآداب ، فلا يجوز إيجار أرض زراعية بحيث يصبح ما في حيازة المستأجر من الأرض أكثر من خمسين فداناً ، لمخالفة ذلك للنظام العام بموجب نص صريح في القانون ، ولا يجوز إجارة منزل للدعارة ، والقمار باعتباره متجراً ، وفي هذه الحالة يكون الإيجار باطلاً ؛ لعدم مشروعية المحل ؛ ولعدم مشروعية السبب في وقت واحد »(١) .

« أما إذا استأجر منزلاً وقصد المستأجر من استئجاره أن يستعمله للقمار وللعهارة ، وكان المؤجر عالماً بهذا القصد ، ففي هذه الحالة يكون الإيجار باطلاً ؛ لعدم مشروعية السبب »(٢) .

وأما استئجار الأرض في الإسلام ،فقد أباح الإسلام للإنسان أن يستأجر ما

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهوري : (٦ / ١٧٦ - ١٧٧) .

(٢) انظر السابق : (٦ / ١٧٧) .

يشاء طالما لا يتعدى على حقوق الغير ، وطالما لا يظلم ، وطالما يؤدى حق الله عليه ، إلا إذا رأى الإمام رأياً لصالح الأمة فتنزع منه الملكية أو تحدد ، إذن فلا عبرة بتحديد القانون للمستأجر بألا يحوز أكثر من خمسين فداناً ، وقد يكون هذا ما راعاه القانون فيما ذهب إليه من تحديد هذه الملكية بخمسين فداناً ؛ حتى تتحقق العدالة فى المجتمع ويكون هذا رأياً للإمام .

رابعاً من شروط المنفعة :

ألا يكون العمل المستأجر له فرضاً ولا واجباً على الأجير قبل الإجارة ، فإن كان فرضاً أو واجباً عليه قبل الإجارة ، لا تصح الإجارة ؛ لأن من أتى بعمل يكون واجباً عليه ، لا يستحق الأجرة ، كمن قضى دينا عليه .

قال الكاسانى فى البدائع : « وعلى هذا لا يصح الاستئجار على الصوم والصلاة والحج ؛ لأنها من فروض الأعيان ، ولا يصح الاستئجار على تعليم العلم ؛ لأنه فرض عين ، ولا على تعليم القرآن عندنا ؛ لأنه استئجار لعمل مفروض فلا يجوز الاستئجار للصوم والصلاة ؛ ولأنه غير مقدور الاستيفاء فى حق الأجير لتعلقه بالمتعلم ، فأشبه من استأجر رجلاً لحمل خشبة لا يقدر على حملها بنفسه ، وقد روى أن أبى بن كعب أقرأ رجلاً فأعطاه قوساً ، فسأل النبى ﷺ عن ذلك ، فقال النبى ﷺ : « أتحب أن يقوسك الله بقوس من نار؟» قال : لا ، فقال النبى ﷺ : « فرده »[1] .

ولا يصح الاستئجار على الجهاد ؛ لأنه فرض عين عند عموم النفير ،

---

(١) سنن ابن ماجه : (٢ / ٧٣٠) ، كتاب التجارات باب الأجر على تعليم القرآن ، بلفظ قريب من هذا اللفظ ، قال البوصيرى : قال الذهبى : هذا إسناد مضطرب ، مصباح الزجاجة : (٢ / ١٦٥) ، كتاب التجارات باب الأجر على تعليم القرآن .

وفرض كفاية فـي غير تلك الحال ، ولا على الأذان والإقـامة والإمامة ؛ لأنها واجبة ، وقد روى عـن عثمان بن أبى العاص الـثقفى[١] ، أنه قال : آخـر ما عهد إلى رسول الله ﷺ أن أصلى بالقوم صلاة أضعفهم ، وأن أتخذ مؤذناً لا يأخذ على الأذان أجراً »[٢] .

ولأن الاستئجار على الأذان والإقامة والإمامة ، وتعليم القرآن والعلم سبب لتنفـير الناس عن الصـلاة ، وعن تعليم الـقرآن والعلم ؛ ولأن ثقـل الأجرة يمنعـهم عن ذلك ، وإلى هـذا أشار الرب جل شـأنه فى قوله تـعالى : ﴿ أَمْ تَسْأَلُهُمْ أَجْرًا فَهُم مِّن مَّغْرَمٍ مُّثْقَلُونَ ﴾[٣] ، فيؤدى إلى الرغبـة عن هذه الطاعات وهذا لا يـجوز وقال الله تعـالى : ﴿ وَمَا تَسْأَلُهُمْ عَلَيْهِ مِنْ أَجْرٍ ﴾[٤] وبهذا قال الحنابلة[٥] .

ولكن أيضاً قد يـحدث العكس من ذلك ، فعندما لا يأخـذ المعلم أجراً قد

---

(١) عثمان بـن أبى العاص الثقفـى ، الطائفى ، أبو عبد الله صـحابى شهير ، استـعمله رسول الله ﷺ على الطائف ، ومـات فى خلافة معاوية بالبصرة ، تقـريب التهذيب لابن حجر : (٢ / ١٠) .

(٢) سنن أبى داود : (١ / ١٤٦) ، كـتاب الصلاة ، باب أخـذ الأجر على الـتأذين ، وسنن الترمذى : (١ / ٤٠٩) ، كتاب الصلاة ، بـاب ما جاء فى كراهية أن يأخذ المؤذن على الأذان أجـراً ، قال أبو عيـسى : حديـث عثمان حديث حسـن صحيح ، وسنن ابن ماجه : (١ / ٢٣٦) ، كتاب الأذان باب السنة فى الأذان .

(٣) سورة الطور : آية (٤٠) .

(٤) سورة يوسف : من آية (١٠٤) .

(٥) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ١٩١) ، المبسوط : (١٦ / ٣٧) ، والهداية :(٩ / ٩٧ - ٩٨) ،حاشية ابن عابدين : (٥ / ٣٥) ، والمغنى لابن قدامة (٦ / ١٣٩ - ١٤٠ - ١٤١) .

ينصرف المعلمـون عن العلم إلى أعمال أخـرى فيتعطل هذا الـباب ،وفى ذلك تضييـع للقرآن والعلـم ، فلابد من إجازة الإجارة علـى تعليم القـرآن والعلوم الدينية وغيرها وبخاصة أنه قد أجازها فقهاء الحنفية وأصبح التعليم ، تقوم عليه الدولة وهى التى تدفع الأجور للمعلمين وغيرهم .

قال البابرتـى : « وبعض مشايخنا استحـسنوا الاستئجار على تعـليم القرآن اليوم ؛ لأنه ظهر التوانى فى الأمور الدينيـة ، ففى الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى »[١] .

وقال السرخسى : « وبعض أئمة بلـخ اختاروا قول أهل المدينة وقالوا : إن المتقـدمين من أصحابنـا - رحمهم الله - بنـوا هذا الجواب على ماشـهدوا فى عصرهـم من رغبة الناس فـى التعليـم بطريق الحسـبة ، ومروءة المتعلـمين فى مجازاة الإحسان بالإحسـان من غير شرط ، فأما في زماننا فقـد انعدم المعنيان جميـعاً ، فنقول : يـجوز الاستئجـار لئلا يتعـطل هذا الباب ، ولا يـبعد أن يختلف الحكم باختلاف الأوقات » [٢].

وذهب المـالكية والـشافعيـة إلى إجازة الإجـارة على تعـليم القـرآن ؛ لأنه استئـجار لعمـل معلوم ببـدل معلوم ، لمـا روى عن أبى سعـيد الخدرى ، أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا فى غزاة فمروا بحى من أحياء العرب ، فقالوا : هل عندكم من راق ، فإن سيد الحى قد لدغ ، أو قد عرض له ، قال : فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرىء ، فأعطى قطيعاً من الغنم ، فأبى أن يقبلها ، فسأل عن ذلك رسـول الله ﷺ فقال : بم رقيته ؟ قـال : بفاتحة الكتـاب قال : وما

---

(١) انظر الهداية : (٩ / ٩٧ - ٩٨) .

(٢) المبسوط : (١٦ / ٣٧) .

يدريك أنهـا رقية ؟ قال : ثم قال رسـول الله ﷺ خذوها واضربوا لي مـعكم بسهم »[١] .

ولأن رسول الله ﷺ « زوج رجلا بمـا معه من الـقرآن »[٢] ، فجاز جعل القـرآن عوضاً ، وقد قـال رسول الله ﷺ : « إن أحق مـا أخذتم عليـه أجراً كتاب الله»[٣] وهذا ما نرجحه ؛ لقوة دليله ؛ ولـلمصلحة ؛ ولأنه يتخذ الأجر نظير الاحتـباس ، ويأخذه من الدولة ولا يأخذ مـن المتعلمين للمحـافظة على العلم والقرآن الكريم .

ولا تجوز عنـد المالكية أيـضاً الإجارة إذا كانت المـنفعة متـعينة علـى المؤجر كالصلاة ، والـصيام ، وحمل الميت ، ودفنـه على من تعينت عـليه ، وتجوز الإجارة على الإمامة ، والأذان ، والقيام بالمسجد ، لا على الصلاة بانفرادها ، ومنعها ابن حبيب[٤] مفترقة ومجتمعـة ، وأجازها ابن عبد الحكم[٥] مفترقة ومجتمعة[٦]

---

(١) صحيح البخارى مع فتح البـارى : (٤ / ٥٢٩) ، كتاب الإجارة باب ما يعطى فى الرقية ، صحـيح مسلم بشرح النـووى : (١٤ / ٤٣٧) ، كتاب الأدب باب جواز أخذ الأجرة على الرقية .

(٢) صحيح البخارى مع فتح البارى : (٩ / ٣٤) ، كتاب النكاح باب تزويج المعسر .

(٣) صحيح البخارى مع فتح الـبارى : (١٠ / ٢٠٩) ، كتاب الطب باب الشروط فى الرقبة .

(٤) ابن حبيب : أبو مروان عبد الملك بن حبيب فقيه الأندلس توفى سنة ١٨٣ هـ طبقات الفـقهاء للـشيرازى : ص ١٦٢ ، ترتـيب المدارك لـلقاضى عـياض : (٢ / ٣٠ - ٣٢) .

(٥) ابن الحكم : أبو محـمد عبد الله بن الحكم ولد سنة ١٥٠هـــ وتوفى سنة ٢١٤ هـ ، طبقات الفقهاء للشيرازى : ص ١٥١ .

(٦) انظر الشرح الكبير للدرديرى : (٤ / ١٦) ، الكافى لابن عبد البر : ص٣٧٤، = =

ولا تصح إجارة لعبادة لها نية عند الشافعية : كالصلاة والصوم ؛ إذ القصد منها امتحان المكلف بكسر نفسه بفعلها ، ولا يقوم الأجير مقامه فى هذا ، وضابط هذا أن كل ما تدخله النيابة من العبادة يجوز الاستئجار عليه ، ومالا فلا[1] .

ولا يجوز عند الحنفية الاستئجار على غسل الميت ؛ لأنه واجب ، ويجوز على حفر القبور ، وعلى حمل الجنائز ، وأجاز الشافعية الإجارة لتجهيز الميت ودفنه ، والتجهيز يشمل الغسل والتكفين ؛ لأن ذلك من فروض الكفايات ، ولا يضر طروء تعين الواجب كالمضطر[2] .

ويجوز الاستئجار على تعلم اللغة والأدب والفقه والحساب والحديث ، ونحوها ، وبناء المساجد والقناطر والرباطات ، ولو استأجر رجل امرأته؛ لتخدمه كل شهر بأجر مسمى لم يجز ؛ لأن خدمة البيت عليها فيما بينها وبين الله تعالى ، لما روى أن رسول الله ﷺ قسم الأعمال بين على وفاطمة : رضى الله عنهما فجعل ما كان فى داخل البيت على فاطمة ، وما كان خارجه على على، فكان هذا استئجاراً على عمل واجب فلم يجز ؛ ولأنها تنتفع بخدمة البيت ، والاستئجار على عمل ينتفع به الأجير غير جائز[3] .

= = ٣٧٥ ، أسهل المدارك للكشناوى : (٢ / ٣٢١ - ٣٢٢)، الشرح الصغير : (٣ / ٢٩٩) ، بداية المجتهد : (٢ / ٢٢٠ - ٢٢٤) ، الفروق للقرافى :(٤ / ٢ - ٤) .

(١) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ٣٤١ - ٣٤٤) ، المهذب : (١ / ٣٩٨) ، المجموع: (١٥ / ٢٧٨) .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ١٩٢) ، مغنى المحتاج : (٢ / ٣٤١) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٤ / ٧٤٧) .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ١٩١ - ١٩٢) ، المغنى لابن قدامة : (٦ / ١٤٣) ، زاد المعاد لابن القيم الجوزية : (٤ / ٤٦) ، قال ابن حجر : حكى ابن بطال :==

وفى زماننـا قلت المروءات ، وكثر الجـهل ، فالتعلـيم تقوم عليـه الدولة ، ولابد أن تجزل العطاء للمعلمين ، ويمكن أن يسـتأجر لتعليم القرآن ، ولتجهيز الميت بعد أن فشا الجهل ، وقلت المروءات .

خامساً : من شروط المنفعة :

ألا ينتفـع الأجير بعمله ، فـإن كان ينتفع بـه لم يجز ؛ لأنه حينـئذ يكون عامـلاً لنـفسـه ؛ فلا يسـتحـق الأجر ، قـال الله تعـالى ﴿ **مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ** ﴾[1] ، ومن عمل لنفسه لا يستحق الأجر على غيره .

قال الكاسانى : « وعلـى هذا لو استأجر إنسان رجلاً ليطحـن له قفيزاً من حنطة بربع من دقيقها ، أو ليعصر له قفيزاً من سمسم بجزء معلوم من دهنه أنه لا يجوز ؛ لأن الأجير ينتفع بعمله من الطـحن والعصر فيكون عاملاً لنفسه ، وقد روى عن رسول الله ﷺ أنه « نهى عـن قفيز الطحان »[2] ، ولو دفع إلى حائك غزلاً لينسـجه بالنصف فالإجارة فاسدة ؛ لأن الحائك ينتـفع بعمله وهو الحياكة ، فكان الاستئجار عليه منهـياً ، وإذا حاكه فللحائك أجر مثل عمله ؛ لاستيفاء المنفعة بأجرة فاسدة »[3] .

= = أن بعض الشيوخ قال : لا نعلم فى شىء مـن الآثار أن النبى ﷺ قضى على فاطمة بالخدمة الـباطنة ، فتح البـارى : (٩ / ٤١٧) ، وقد بحثت عن هذا الحـديث فلم أجده .

(١) سورة فصلت : من آية (٤٦) .

(٢) سنن الـدارقطـنى : (٣ / ٤٧) ، كتـاب البـيوع (حديـث زقم ١٩٥) ، بـدائع الصنائع : (٤ / ١٩٢) ، حاشية ابـن عابدين والدر المختار : (٥ / ٣٥) ، شرح العناية على الهداية : (٩ / ١٠٧ - ١٠٨) .

(٣) انظـر بدائع الـصنائـع : (٤ / ١٩٢) ، حاشيـة ابن عابـدين والدر المخـتار : ==

ثم قال الكاسانى : « وبعض مشايخنا ببلخ[١] جوزوا هذه الإجارة » .

والأخذ بالحديث هو رأى الشافعية أيضاً ؛ ولأن فيه نقضاً لشرط من شرائط الإجازة وهو القدرة على تسليم الأجر وقت التعاقد[٢] .

قال ابن جزى : « ولو قال : احصد زرعى ولك نصفه ، أو اطحنه أو اعصر الزيت ، فإن ملكه نصفه الآن جاز ، وإن أراد نصف ما يخرج منه لم يجز للجهالة »[٣] .

« ولو استأجرت شخصاً على أن يطحن لك حباً بنخالته فهى إجارة فاسدة؛ لأنها مجهولة القدر فهى كالجزاف غير المرئى ، وهذا ما يقع فى بلاد الريف من دفع الزرع لمن يدرسه بنورجه ، وبهائمه ، ويأخذ تبنه فى مقابلة درسه ، فهى إجارة فاسدة ، وأما لو استأجره بكيل معلوم منها على أن يطحن له قدراً من الحب فيجوز ، أو قال: ادرسه ولك حملان تبناً من تبنه أو من غير تبنه جاز ذلك»[٤].

وقال الشوكانى : وقد استدل بالحديث السابق أبو حنيفة ، والشافعى ، ومالك على أنه لا يجوز أن تكون الأجرة بعض المعمول بعد العمل ، وقال المزنى وغيره إنه يصح بمقدار منه معلوم .

وأجابوا عن الحديث بأن مقدار القفيز مجهول ، أو أنه كان الاستئجار على طحن صبرة بقفيز منها بعد طحنها ، وهو فاسد عندهم .

---

(١) بلخ مدينة مشهورة بخراسان فى إيران ، مسالك الممالك للأصطخرى : ص ١٣٣ .
(٢) انظر الفقه الإسلامى وأدلته : (٤ / ٧٤٨) .
(٣) القوانين الفقهية : ص ٢٣٦ .
(٤) انظر الشرح الكبير للدردير : (٤ / ٦) ، حاشية الدسوقى لابن عرفة : (٤ / ٦).

وقال الشوكانى : قيل لا بأس بذلك مع العلم بقدره ، وإنما المنهى عنه طحن الصبرة لا يعلم كيلها بقفيز منها[١] .

وأرى أنه لا بأس بهذه الإجارة ؛ لأن المستأجر يعرف ما يقوم به ، ويعرف القدر الذى يعمله ، والقدر الذى يأخذه فليس فيها جهالة ، ويقوم بها أهل القرى إلى الآن ، ولا يرون فيها جهالة ، وبخاصة أنه قد أجازها بعض مشايخ الحنفية .

سادساً : من شروط المنفعة :

أن تكون المنفعة متقومة مقصودة ، يعتاد استيفاؤها بعقد الإجارة ، يجرى بها التعامل بين الناس ؛ لأنه عقد شرع لحاجة الناس ، ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس ، فلا يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها ، والاستظلال بظلها ؛ لأن هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ، حتى لو استأجر دابة لا ليركبها أو داراً لا ليسكنها ، أو عبداً أو دراهم أو غير ذلك لا ليستعمله ، بل ليظن الناس أنه له ، فالإجارة فاسدة فى الكل ، ولا أجر له ؛ لأنها منفعة غير مقصودة ؛ ولأن الدنانير لا تراد للجمال ، والأشجار لا تراد للاستظلال ، فكان بذل العوض فيه من السفه وأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل وهذا عند الحنفية[٢] .

وأما عن المالكية ، فقال ابن رشد : « من شروط المنفعة أن تكون متقومة على انفرادها مقصودة ، فلا يجوز استئجار تفاحة للشم ، ولا طعام لتزيين الحانوت ؛ إذ هذه المنافع ليس لها قيم على انفرادها »[٣] . ويجوز استئجار

---

(١) نيل الأوطار : (٥ / ٢٩٣ - ٢٩٤) .

(٢) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ١٩٢ - ١٩٣) ، الدر المختار للحصكفى : (٥ / ٢).

(٣) انظر بداية المجتهد لابن رشد : (٢ / ٢٢٤) ، الشرح الصغير للدرديرى : ==

الأشجار لتجفيف الثياب عليها عندهم .

وقال الشيرازى : واختلفوا فى استئجار الدراهم والدنانير ليجمل بها الدكان واستئجار الأشجار لتجفيف الثياب ، والاستظلال ، فمنهم من قال يجوز ؛ لأنه منفعة مباحة ، فجاز الاستئجار لها كسائر المنافع ، ومنهم من قال لا يجوز ، وهو الصحيح[1] .

وقال ابن قدامة : ويجوز أن يستأجر شجراً ونخيلاً ليجفف عليهما الثياب ، أو يبسطها عليها ليستظل بظلها ؛ لأنها لو كانت مقطوعة لجاز استئجارها لذلك إذا كانت ثابتة ، وذلك ؛ لأن الانتفاع يحصل بهما على السواء فى الحالتين ، فما جاز فى إحداهما يجوز فى الأخرى ؛ ولأنها شجرة فجاز استئجارها لذلك كالمقطوعة ؛ ولأنها منفعة مقصودة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين فجاز العقد عليها كما لو كانت مقطوعة ؛ ولأنها عين يمكن استيفاء هذه المنفعة منها فجاز استئجارها لها كالحبال والخشب والشجر المقطوع[2] .

ونحن مع الرأى الذى يجيز استئجارها ؛ لأنه فى العصر الحديث يمكن أن تستأجر هذه الأماكن لظلها فتستأجر الأماكن والأشجار لأجل ظلها ؛ وليجلس فى ظلها من يبيع ، أو من يضع سيارته ؛ ولأنه يمكن استيفاء المنفعة ، والاستفادة بالظل من حر الشمس وفساد السلعة .

= = (٣ / ٣٩٩) ، الفروق للقرافى : (٤ / ٣ - ٤)، الشرح الكبير للدرديرى : (٤ / ١٩) .

(١) انظر المهذب للشيرازى : (١ / ٣٩٤) ، مغنى المحتاج للخطيب : (٢ / ٣٣٥).

(٢) انظر المغنى : (٦ / ١٣١) .

سابعاً : من شروط المنفعة :

أن تكون المنفعة ممكنة للانتفاع بها مع بقاء عينها ، فلا يجوز عقد الإجارة على ما تذهب أجزاؤه بالانتفاع به : كالمطعوم ، والمشروب ،والشمع ليشعله ، والصابون ليغسل به ؛ لأن الإجارة عقد على المنافع فلا تجوز الاستيفاء العين ، فتجوز إجارة كل عين يمكن أن ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها بحكم الأصل كالأرض والدار والعبد والبهيمة والثياب والحبال والخيام والمحامل والسرج واللجام والسيف والرمح ، وأشباه ذلك[1] .

وقد أخذ القانون بهذا ، فمن شرط المحل (الشيء المؤجر) عدم قابليته للاستهلاك قال الدكتور السنهورى : والأصل فى الشيء المؤجر ألا يكون قابلاً للاستهلاك ؛ لأن المستأجر يلتزم برد الشيء بعينه عند انتهاء الإجار ، والشيء القابل للاستهلاك : هو الذى ينحصر استعماله بحسب ما أعد له فى استهلاكه أو إنفاقه . (م ٨٤ / ١)[2] فإذا استعمله المستأجر استهلكه ولم يستطيع رده بعينه، ولكن يحدث نادراً أن يكون الشيء المؤجر قابلاً للاستهلاك ، ويشترط أن يرد بعينه عن دانتهاء الإيجار ، مثل ذلك تاجر غلال يستأجر غلالاً ليعرضها على الجمهور ، ومثل ذلك أيضاً صراف يستأجر أنواعاً مختلفة من النقود لعرضها كذلك[3] .

---

(١) انظر مغنى المحتاج : (٢ / ٣٣٥) ، منار السبيل : (١ / ٤١٣) ، الفواكه الدوانى للنفراوى : (٢ / ١٥٩) ، الفروق للقرافى : (٤ / ٣ - ٤) ، الشرح الصغير : (٣ / ٢٢٩) ، المغنى لابن قدامة : (٦ / ١٢٩) .

(٢) انظر المادة (٨٤ / ١) من التقنين المدنى ونصها : « الأشياء القابلة للاستهلاك هى التى ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له ، فى استهلاكها أو إنفاقها » ، كود القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ : ص ١٨ .

(٣) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٦ / ١٧٧ - ١٧٨) .

وقد بينا من قبل أن بعض الفقهاء لا يجيزون إيجار الدراهم ، ويمكن أن تكون قرضاً لأنها تستهلك ، وهو لا يرد عينها بل يرد مثلها ، وفى هذه الحالات التى ذكرها الدكتور السنهورى يمكن أن كون عارية ؛ حتى لا تؤدى إلى الربا .

وقال الدكتور السنهورى : « إن هناك أشياء تستهلك بالاستعمال تكون تابعة للشيء المؤجر فتدخل معه فى عقد الإيجار ، فيرد الإيجار على أشياء قابلة للاستهلاك ، ولكن لا على سبيل الاستقلال ، بل على سبيل التبعية ، مثل ذلك : أن يؤجر صاحب مصنع مصنعه بما فيه من آلات لازمة لإدارته على أن يعوضه المستأجر ما بلى منها بالاستعمال ، وقد يشمل المصنع أيضاً بعض المواد الخام يتعهد المستأجر برد مثلها ، ومثل ذلك أيضاً أن يؤجر شخص لآخر أرضاً زراعية بما فيها من أشياء تستهلك بالاستعمال كسماد وبذرة ، على أن يستهلكها المستأجر على أنها من توابع العقار المؤجر شملها عقد الإيجار » [١] .

من المعلوم فى الفقه أن المستأجر إذا استأجر العين بما فيها ، ودفع الأجرة نظير ذلك ، فأتلفت العين فى يد المستأجر ، حينما كان يستعملها الاستعمال العادى الذى يستعمل فى مثل هذه الحالة مثلها ، فلا ضمان عليه فما أتلف من الاستعمال العادى ، إلا إذا تعدى أو قصر فى حفظها ؛ لأن المستأجر أمين على العين المؤجرة لايتسفاء المنفعة منها[٢] .

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٦ / ١٧٨) .

(٢) انظر عقود المعاوضات لأستاذنا الدكتور أحمد يوسف : ص ٢٥ .

الأجرة

والأجرة هى العوض المقابل للمنفعة ، وقد اشتراط فيها الفقهاء شروطاً :

أولاً : أن تكون الأجرة مالاً متقوماً معلوماً :

وهذا باتفاق الفقهاء ، والأصل فى شرط الأجرة قول الرسول ﷺ « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره »[١] ، والعلم بالأجرة لا يحصل إلا بالإشارة والتعيين أو البيان ؛ وذلك لأنه عوض فى عقد معاوضة فوجب أن يكون معلوماً كالثمن فى البيع ، وعلمها يأتى من تحديدها والاتفاق عليها ، أو يأتى من تحديد العرف لها ، أو بأجرة المثل[٢] .

ولابد من معرفة مكان إيفاء الأجرة فيما يحتاج لحمل ومؤنة عند أبى حنيفة وعند الصاحبين ، لا يشترط ذلك ، ويتعين مكان العقد للإيفاء[٣] .

ثانيا : ألا تكون الأجرة منفعة هى من جنس المعقود عليه :

كإجارة السكنى بالسكنى ، والخدمة بالخدمة ، والركوب بالركوب ،

---

(١) سبق تخريج هذا الحديث ص ٣٢٧ .

(٢) انظر بدائع الصنائع للكاسانى :(٤ / ١٩٣ - ١٩٤) ، حاشية ابن عابدين : (٥ / ٣) ، بداية المجتهد لابن رشد : (٢ / ٢٢٠ - ٢٢٥) ، الشرح الصغير للدرديرى: (٣ / ٢٩٨) ، الكافى فى فقه أهل المدينة لابن عبد البر : ص ٣٦٨ ، الفواكه الدوانى للنفراوى : (٢ / ١٥٨ - ١٥٩) ، مغنى المحتاج : (٢ / ٣٣٤)، المهذب : (١ / ٣٩٩) ، منار السبيل لابن ضويان : (١ / ٤١٣) ، كشاف القناع للبهوتى : (٣ / ٥٥١) ، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين لأبى يعلى: (١ / ٤٢٧) .

(٣) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ١٩٣ - ١٩٤) ، وانظرمجلة الأحكام العدلية : ص ٢٤١ المادة (٤٦٥) .

والزراعة بالزراعة ، وإن كانت الأجرة من خلاف الجنس تجوز كإجارة السكنى بالخدمة ، والخدمة بالركوب ، فإنهم يعتبرون اتحاد الجنس وحده صالحاً لتحريم العقد فى ربا النسيئة ، وتطبيق المبدأ فى الإجارة : هو أن انعقاد هذا العقد عندهم ينعقد شيئاً فشيئاً ، على حسب حدوث المنفعة ، فتكون المنفعة وقت العقد معدومة ، فيتأخر قبض أحد العاقدين فيتحقق ربا النساء »[1] .

وجاء فى المادة (٤٦٣) من مجلة الأحكام العدلية ما يأتى : « ما صلح بدلاً فى البيع يصلح بدلاً فى الإجارة ، ويجوز أن تكون بدلاً فى الإجارة الشىء الذى لم يصلح أن يكون ثمناً فى البيع مثلاً ، يجوز أن يستأجر بستان فى مقابلة ركوب دابة أو سكنى دار » .

وجاء فى شرح هذه المادة « فإن سكنى الدار لا تصلح أن تكون ثمناً ، وتصلح أن تكون بدلاً فى الإجارة ، والحاصل أنه يجوز إجارة المنفعة بالمنفعة إذا اختلفا جنساً : كاستئجار سكنى دار بزراعة أرض أو بسكنى حانوت ، وكإجارة البقر بالحمير ، ولو اتحدا جنساً لا تجوز كإجارة سكنى دار بسكنى دار أخرى ، ومثلها اللبس باللبس والركوب بالركوب ويجب أجر المثل باستيفاء المنفعة ؛ لفساد العقد »[2] .

ولكن عند الحنابلة والشافعية تجوز إجارة المنافع بمثلها من جنسها ؛ لأن المنافع فى الإجارة كالأعيان فى البيع ففى البيع يجوز بيع بعضها ببعض فكذلك المنافع .

قال ابن قدامة : وما قاله أبو حنيفة لا يصح ؛ لأن المنافع فى الإجارة ليست

---

(١) انظر بدائع الصنائع : (٤ / ١٩٤) ، الفقه الإسلامى وأدلته : (٤ / ٧٥٢) .

(٢) انظر كتاب شرح المجلة لسليم بن رستم باز : ص ٢٤٠ - ٢٤١ .

فى تقدير النسيئة ، ولو كانت نسيئة ما جاز فى جنسين ؛ لأنه يكون بيع دين بدين »[١].

ثالثاً : أن يكون الأجر منتفعاً به ، طاهراً ، مقدوراً على تسليمه ، معلوماً ذاتاً ، وأجلاً أو حلولاً [٢].

ويصح تعجيل الأجرة وتأخيرها ، وتجب بالفراغ من العمل ، وبانتهاء المدة[٣]، وقد اتفق القانون مع الفقه فى كل الشروط السابقة ماعدا شرط الحنفية الذين لا يجيزون أن تكون الأجرة منفعة من جنس المعقود عليه ، قال الدكتور السنهورى : « ويشترط فيها كما يشترط فى أى محل للالتزام ، أن تكون موجودة ومشروعة، ومعينة ، أو قابلة للتعيين »[٤] .

« والأجرة قد تكون نقوداً كما هو الغالب ، وقد تكون شيئاً آخر غير النقد كجزء من المحصول ، أو الانتفاع بشىء آخر مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة (مقايضة انتفاع بانتفاع) ، أو أى التزام آخر يلتزم به المستأجر »[٥] .

وقد نصت المادة (٥٦١) من التقنين المدنى على ذلك : « يجوز أن تكون الأجرة نقوداً كما يجوز أن تكون أى تقدمة أخرى »[٦] .

---

(١) انظر المهذب للشيرازى : (١ / ٣٩٩) ، المغنى لابن قادمة : (٦ / ١٢) .

(٢) انظر الشرح الصغير للدرديرى : (٣ / ٢٩٨) ، أسهل المدارك للكشناوى : (٢ / ٣٣٩) .

(٣) انظر منار السبيل لابن ضويان : (١ / ٤٢٣) ، عقود المعاوضات لأستاذنا الدكتور أحمد يوسف : ص ٢٤٩ ، ٢٥٠ .

(٤) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٦ / ٢١١) .

(٥) انظر السابق : (٦ / ٢١٥) .

(٦) انظر القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ ص : ١٢٦ .

وإذا لم يتفق المتعاقدان على الأجرة أو لم يحدداها ، وجب اعتبار أجرة المثل ، وقد نصت المادة (٥٦٢) من التقنين المدنى على الآتى : « إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها ، أو إذا تعذر إثبات مقدار الأجرة وجب اعتبار أجرة المثل »[١] .

ويمكن أن تكون الأجرة مقسطة على مدد متساوية ، ويمكن أن تكون مبلغاً مقطوعاً من النقود يدفع مرة واحدة ، إما فى بدء الإيجار ، وإما فى نهايته [٢].

---

(١)انظر القانون المدنى لسنة ١٩٩٠ ص : ١٢٦ .

(٢) انظر الوسيط للدكتور السنهورى : (٦ / ٢١٤) .

فهرس موضوعات الجزء الأول

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة